

法政大學講義録

著者	清水 澄, 横田 秀雄, 鈴木 英太郎, 岡田 朝太郎
出版者	法政大學
巻	26
ページ	1-83
発行年	1905-07-15
URL	http://hdl.handle.net/10114/5727

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
毎月三回、五日、十五日、二十五日發行

明治三十八年七月十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第二十六號



法政大學發行



0094

第二十六號目次

憲	法	法學博士	清水
	(自一四三至一六六)		澄
民法物權第一部	(自一〇六至一一三)	法學士	橫田秀雄
民法債權第一章	(自一一三至一二二)	法學士	鈴木英太郎
刑法總論	(自一三一至一四六)	法學博士	岡田朝太郎

雜錄 ○第一學年學期試驗問題○講和全權委員ノ出發

稟告 民法物權・法學博士公務多忙ノ爲メ筆記校閱ノ違ナキニ依リ已ム
得ス様田學士ノ講義・掲載スルコトセリ諸子之ヲ諒セヨ

090
1905
1-26

- 第二 國ノ財政事務ニ參與スルコト
 (一) 國ノ歲計豫算ノ編成ニ協賛ヲ與フルコト
 (二) 國債ヲ起シ豫算外ノ國庫ノ負擔ト爲ルヘキ契約ヲ爲スコトニ付協賛ヲ與フルコト
 (三) 豫算超過又ハ豫算外ノ支出ニ對シ承諾ヲ與フルヤ否ヤヲ決スルコト
 (四) 憲法第七〇條ノ緊急財政處分ニ承諾ヲ與フルヤ否ヤヲ決スルコト
 (五) 決算ヲ審查スルコト

第十四節 議會ノ權能

我國ニ於テハ國務大臣ヲ彈劾スルノ權ヲ議院ニ於テ有セスト雖議會カ侮辱若クハ誹毀ヲ受ケタルトキハ之ヲ告訴シ得ルコトヲ認メタリ而シテ之ヲ認メタル法律ハ明治二十二年法律第二八號議會並ニ議員保護ノ件ナリ而シテ之ニ依ルトキハ議會ニ對シ公然誹毀侮辱シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加スルモノトス但議會ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スルモノナリ

第十五節 議院ノ權能

議院ハ左ニ列舉シタル事項ヲ爲スノ權能ヲ有ス
 第一 君主ニ上奏ヲ爲スコト

(一) 上奏事項ノ範圍
 上奏トハ君主ニ對シテ議會ノ意思ヲ發表スルコトニテ明文ノ制限ナキヲ以テ如何ナル事項ニ付テモ上

憲法 憲法上ノ機關ノ帝國議會 議會ノ權能 議院ノ權能

奏ヲ爲シ得ルモノト解釋スヘキナリ故ニ政治ニ關スルト否トヲ問ハス又既往ニ關スルト將來ニ關スルトトヲ問ハス又單ニ儀式ニ止ルト政府ノ過失ヲ列舉スルトヲ問ハス總テ上奏ヲ爲シ得ルモノナリ或ハ議會ノ職務ハ立法及豫算ノ範圍内ニ止リ其事項ニ付テノ君主ニ上奏ヲ爲シ得ルモノニテ立法及豫算以外ノ事ニ關シテハ上奏ヲ爲スコトヲ得スト唱ヲル者アリト雖之ニ關シテ明文ヲ有スル「サクゼン」「バイエルン」ノ如キ國ノ外ニ於テハ成立セサルノ說ナリ

(二) 上奏案ノ發議

各院ニ於テ上奏ノ動議ヲ爲スニハ三十人以上ノ賛成者ヲ要スルモノナリ

(三) 上奏ノ手續

上奏ハ文書ヲ以テスルモノニシテ此文書ハ議長ヲ以テ總代ト爲シ謁見ヲ得テ奉呈スヘキモノナリ但君主故障アルトキハ宮内大臣迄捧呈スヘキモノナリ

第二 奏上スルコト

奏上ノ文字ハ憲法ニ用ヒラルルコトナク議院法ニ於テ之ヲ使用セリ今上奏ト奏上ト異ナルノ點ヲ示ストキハ

(一) 上奏スル事項ノ範圍ハ議會ノ意思ヲ君主ニ發表スルニ付無制限ナルコト既ニ述ヘタルカ如シト雖奏上ハ左ノ場合ニ於テノミ使用セラルルモノナリ

(イ) 政府提出ノ議案ヲ否決シタルトキ

(ロ) 總テノ議案ニ付之ヲ可決シタルトキ 此場合ニハ最後ニ決議シタル議院ヨリ奏上スルモノナリ
(ハ) 衆議院ニ於テ議長、副議長、候補者ヲ選定シタルトキ

(二) 上奏ハ議院ノ意見ノアル所ヲ述フルモノナルモ奏上ハ議事ノ結果ヲ奏聞スルニ在ルナリ

第三 政府ニ建議ヲ爲スコト

(一) 建議事項ノ範圍 上奏事項ノ範圍アルコト既ニ述ヘタル如クナルカ建議事項ノ範圍ハ然ラサルナリ其理由ハ憲法第四〇條ニ「兩議院ハ法律又ハ其ノ他ノ事件ニ付各其意見ヲ政府ニ建議スルコトヲ得」トアリ而シテ其他ノ事件トハ之ヲ廣ク總テノ事項ト解釋スヘキモノニ非スシテ法律ノ如ク議會ノ權限ニ屬スル事件トノミ解釋スヘク若之ヲ上奏ノ如ク其範圍ヲ廣ク解釋スルトキハ特ニ「法律又ハ其ノ他ノ事件ニ付」ト記載シタル文字ハ無意義ニ歸スレハナリ

(二) 建議ノ手續 議院ニ於ル議案ノ發議ハ三十人以上ノ賛成者アルニ非サレハ之ヲ議題ト爲スコトヲ得サルモノトス而シテ之ヲ議決シタル以上ハ議長ヨリ内閣總理大臣ニ提出スヘキモノナリ

(三) 上奏ト建議ト異ナルノ點

(イ) 上奏ハ君主ニ直接ニ提出スルモノナルモ建議ハ政府ヲ通シテ君主ニ之ヲ通スルモノナリ
(ロ) 建議ニ付テハ憲法第四〇條ニ採納セラレサルモノハ同一會期中ニ再之ヲ爲スコトヲ得ストノ制限アルモ上奏ヲ爲スニ付テハ如此制限ナキモノナリ

(四) 法律ニ關シテ建議ヲ許スノ理由 議院ハ法律案ノ發案ヲ憲法第三八條ニ依テ自ラ爲スコトヲ得ルニ由リ之ニ關シテ建議ヲ許スノ必要ナキカ如シト雖法律案ノ種類ニ依テハ議院自ラ起草スルヨリハ實務ニ當ル所ノ政府ヲシテ起草セシムルヲ便宜ト爲スコトアレハナリ是ニ於テ議院ノ建議ニ基キテ政府ハ法律案ヲ提出シタルトキハ其建議ヲ爲レタル議院ハ之ヲ否認スルコトヲ得ルモノナリヤ否ヤニ付疑ヲ抱ク者アリト雖固ヨリ其議院ハ自己ノ建議ニ由リテ拘束セラルルモノニ非サルニ由リ之ヲ否認スル

コト自由ナルモノト謂フヘシ蓋事情ノ變動ニ由リテ先ニ建議シタル時ハ必要ト認メタルモ後ニ之ヲ不要ト考フルコトアレハナリ

(五) 憲法第四〇條ニ但書ヲ設ケタルノ理由 憲法第四〇條ノ但書ニ依テ採納セラレサル建議事項ニ關シテハ同一會期中ニ再建議ヲ爲スコトヲ得スト定メタルハ無用ノ手續ヲ繰返ササラシムルカ爲ナリ併兩院ノ一ニ於テ否決シタル法律案ト同一ノ事項ニ關シ同一會期ニ建議ヲ爲スハ憲法ノ禁セラル所ナルニ由リ之ニ付テハ爲スコトヲ得ルモノト謂フヘシ

第四 法律ノ發案ヲ爲スコト

法律ノ發案權ハ君主ニ專屬スルモノナリシカ漸次之ヲ認ムルコトヲ爲リタルモノナリ我憲法第三八條ニモ「各法律案ヲ提出スルコトヲ得」ト規定シテ議院ノ發案權ヲ明ニ認メタリ然ルニ二三ノ學者中今日猶議院ニ發案權ヲ認ムルハ君主國ニ於テ許スヘキコトニ非スト唱フル者アリト雖法律ハ議決ニ由リテ成立スルニ非スシテ裁可ニ依テ完成スルモノナルカ故ニ議院ニ發案權ヲ與フルモ毫モ君主國ノ觀念ト抵觸セラルモノト謂フヘシ又我國ニ於テハ議院ノ法律發案權ニ對シ毫モ制限ヲ加ヘサルモ議院ハ特別ノ事項ニ關シ發案スルコトヲ得ストノ制限ヲ設ケタル國ナキニ非サルナリ又此議院ノ發案ト區別スヘキハ議員ノ發議ナリ議員ノ發議ニシテ其院ヲ通過シタルトキ始テ其議院ノ發案ト爲ルモノニテ一旦議院ノ發案シタル議案ハ之ヲ撤回スルコトヲ得サルモ議員ノ發議ハ之ヲ撤回スルコトヲ妨ケサルモノトス終ニ注意スヘキハ憲法第三九條ニ於テ議院ノ發案權ニ關シ一ノ制限アルコトニテ即兩議院ノ一ニ於テ否決シタル法律案ハ同會期中ニ於テ再之ヲ提出スルコトヲ得サルモノナリ

第五 請願ヲ受理スルコト

憲法第三〇條ニ於テ臣民ノ請願ノ自由ヲ認メ而シテ議院法第六二條乃至第七一條ニ於テ議院ニ對スル請願ノ手續ヲ定メタルニ由リ議院ハ其手續ヲ經テ提出シタル請願書ヲ受理ヲ拒ムコトヲ得サルナリ但左ニ記載シタル請願ハ此限ニ在ラス

一 憲法ヲ變更スルノ請願

二 皇室ニ對シ不敬ノ語ヲ用ヒ政府又ハ議院ニ對シ侮辱ノ語ヲ用ヒタル請願

三 司法裁判、行政裁判ニ關スル請願

四 法人以外ノ者ヨリ總代ノ名義ニテ出シタル請願

五 哀願ノ儀式ヲ用ヒタル請願

六 議員ノ紹介ヲ得サル請願

右列記以外ノ請願ハ議院ニ於テ必受理スヘク之ヲ受理シタルトキハ之ヲ請願委員ニ付シテ審査セシムヘキモノトス其請願委員カ請願書ヲ以テ規定ニ合セスト認ムルトキハ議長ハ紹介シタル議員ヲ經テ之ヲ還付スヘク其採用スヘキモノト認ムルトキハ請願委員其表ヲ作リ其要領ヲ記載シ毎週一回議院ニ報告スヘキモノナリ若請願委員ノ報告ニ因リ請求アルカ若クハ議員三十人以上ノ要求アルトキハ各議院ハ其請願事件ヲ合議ニ付シ其請願ノ採用スヘキモノト議決シタルトキハ其請願書ヲ政府ニ送付シテ報告ヲ求ムルコトヲ得ルナリ

第六 内部ノ整理ニ必要ナル規則ヲ定ムルコト

此權能ハ憲法第五一條ノ認ムル所ニシテ現今存在スル貴族院規則、衆議院規則、貴族院豫算案議定細則、衆議院豫算案議定細則等其實例ナリ此等ノ規則ノ效力ヲ略言スレハ

(一) 法律、命令ニ抵觸スルコトヲ得ス。或ハ憲法第五一條ニ依ル規則ハ憲法ノ認メタル結果トシテ制定セラレタルモノナルカ故ニ憲法及議院法ニ抵觸スルコトヲ得サルモ他ノ法律、命令ニ抵觸スルコトヲ得又普通ノ法律、命令ヲ以テ此規則ニ反對シタル規定ヲ設クルコトヲ得スト。説者アリト雖此説ハ誤レリ蓋特別ノ明文アル場合ノ外國内ノ團體若クハ機關ノ制定シタル規則ハ統治者ヨリ出ツル所ノ法令ニ抵觸スルコトヲ得サルモノナレハナリ

(二) 此規則ハ院ノ内部ニ於テノミ效力ヲ有シ其效力院外ニ及ブコトナシ。院内ニテハ管ニ議員ノミナラス傍聴人モ支配セラレ又國務大臣、政府委員モ其適用ヲ受クルモノナリ。唯國務大臣及政府委員ニ對シテハ此規則ノ適用ノ爲メ憲法第五四條ノ規定ヲ犯スコトヲ得サルノ制限アルノミ

第七 調査ヲ爲スコト

英、佛諸國ニテハ議會ニテ往往調査委員ヲ設ケ其委員ハ證人ヲ召喚シ官廳ト照會往復スルヲ得又普國憲法第八二條ニモ各議院ハ事實調査ノ爲メ報告委員ヲ命スルノ權ヲ有スト規定セリ然ルニ我國ニテハ如此調査委員ヲ設クルコトニ關シ憲法ノ規定ナク又議院法第七二條ニハ「各議院ハ人民ニ向テ告示ヲ發スルコトヲ得ス」、第七三條ニハ「各議院審査ノ爲メ人民ヲ召喚シ及議員ヲ派出スルコトヲ得ス」、第七五條ニハ「各議院ハ國務大臣及政府委員ノ外他ノ官廳及地方議會ニ向テ照會往復スルコトヲ得ス」ト規定シ議會ハ直接ニ人民及官廳、地方議會ト交渉スルヲ禁シ唯第七四條ニハ「各議院ヨリ審査ノ爲メ政府ニ向テ必要ナル報告又ハ文書ヲ求ムルトキハ政府ハ秘密ニ涉ルモノヲ除ク其ノ求ニ應スヘシ」トノ規定ヲ設ケタルニ止リ調査權ノ範圍ハ狹キモノト考フヘキナリ

第八 院内ノ秩序ヲ保ツコト

議院ノ秩序ヲ保ツコトハ自由ノ權ニ關スルモノト考フヘキナリ

議會ノ權限ノ獨立ヲ保タシムルカ爲メ各議院内ノ警察權ハ之ヲ議院ニ有セシムルコトト爲セシナリ
(一) 警察權ノ行使者 議院法第八五條ニ依リ議院内ノ警察權ハ議長之ヲ行フモノナリ其結果トシテ議長ハ左ノ事務ヲ行フコトヲ得ルナリ

(二) 開議中議員ニシテ議場ノ秩序ヲ紊ルトキハ議長ハ停會制止若クハ發言ノ取消ヲ爲シ且時トシテ議員ノ退却ヲ命スルコト

議場騷擾シテ整理シ難キトキハ議長ハ當日ノ會議ヲ中止スルコト

議場總ヲ沈黙セシムルカ爲メ號鈴ヲ鳴ラスコト

傍聴人ニシテ議場ノ妨害ヲ爲ス者アルトキハ其傍聴人若クハ總テノ傍聴人ヲ退場セシムルコト

(三) 警察ノ執行機關 執行機關トシテ守衛及警察官吏ニ當ルモノナリ而シテ議長ハ警察權ヲ行フモノナルカ故ニ此守衛及警察官吏ハ議長ノ指揮命令ヲ受ケテ警察事務ヲ執行スルナリ而シテ其守衛及警察官吏ノ事務ノ分擔ハ守衛ハ議場内ノ警察事務ヲ分擔シ警察官吏ハ議場外ノ警察事務ヲ擔任スルニ止リ唯議長ノ命アリタル場合ニ於テノミ警察官吏モ議場内ノ事務ヲ行フコトアルノミ又守衛ハ各議院ニ於テ院内ノ警察ヲ掌ルカ爲メ特ニ任命セラルルモノニテ其警察官吏ハ議院法第八六條ニ依リ政府ヨリ派遣セララルモノナリ

第九 議員ノ資格審査及選舉訴訟ノ制限ヲ爲スコト

(一) 貴族院ノ資格審査 貴族院ハ貴族院令第九條ニ依リ資格ヲ審査スルコトト議員ノ選舉訴訟ヲ判決スルノ權トヲ有スルモ衆議院ハ唯議院ノ資格ヲ審査シ得ルニ止リ議員ノ選舉訴訟ヲ判決スルハ司法裁判所ノ管轄ニ屬セシメラレタリ蓋衆議院ヲシテ選舉ニ關スル訴訟ヲ判決セシムルトキハ黨派ノ關係ヨ

リシテ公平ナル結果ヲ望ムコトヲ得サレハナリ

(イ) 選舉訴訟 貴族院令第九條ニ依リ選舉訴訟ノ判決ニ關スル規則ハ貴族院ニ於テ議定スヘキモノナリト雖未規定セラレサルカ爲メ貴族院ニ於テ其規則ヲ制定ヘル迄明治二十三年勅令第二二一號貴族院議員資格及選舉訴訟判決規則ハ今猶效力ヲ有スルモノトセラルナリ而シテ此選舉訴訟ノ判決スルノ手續ハ先伯子男爵議員ノ各選舉人又ハ多額納稅者議員ノ互選者ヨリ當選議員ヲ被告トシテ貴族院開會ノ後十日以内ニ訴訟ヲ提起スヘキモノニシテ若貴族院カ院議ヲ以テ議員ノ當選又ハ資格ヲ不當ト判決シタルトキハ議長ハ其出席ヲ停止シテ奏上スルモノトス尤被告ハ其訴ヲ受クルモ判決ヲ受クル迄ハ議場ニ出席シ且發言スルノ權ヲ失ハサルモノナリ

(ロ) 議員ノ資格審査 貴族院ニ於テ選舉ノ訴訟ト資格ノ審査トハ其資格審査委員ノ調査ヲ共ニ經ルコト及其他ノ手續ニ於テモ大體同シト雖此兩者ノ間ニハ左ノ差點存スルモノナリ

甲 選舉訴訟ノ場合ニハ選舉人原告タルモ資格審査ノ場合ニハ議員ヨリ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルナリ

乙 選舉訴訟ノ場合ニハ出訴期限アルモ資格審査ノ場合ニハ之ナキナリ

丙 選舉訴訟ハ何人カ正當ナル當選者タルヘキヤ否ヤヲ決スルモノナリト雖資格審査ニ於テハ其議員カ被選人タルノ資格要件ヲ具フルヤ否ヤヲ見ルモノナリ

丁 選舉訴訟ノ場合ニハ審査ノ結果刑法ニ觸ルルコトヲ發見スルトキハ司法大臣ニ通知スルモ資格審査ノ場合ニハ唯其資格ト爲ルヘキ必要條件ノ有無ヲ審査スルニ止リ刑事事件ニ關係セズ隨テ司法大臣ニ通知スルノ義務ナキナリ

(二) 衆議院ノ資格審査 衆議院ノ資格審査ニ付テハ衆議院ニ於テハ資格審査ヲ爲スニ當リ其議員カ被選人否ヤハ一ノ疑問ニ屬スルモノナリ之ニ關シ「リオンチ」氏ノ如キハ普選西憲法第七八條ニ付資格ノ審査中ニハ選舉ノ適法ナリシヤ否ヤヲ調査スルコト迄モ含ムモノナリト唱ヘタリト雖「アルンド」氏ハ反之資格ノ審査中ニハ選舉管理者ノ行爲ノ當否迄モ審査スルコトヲ含マサルモノナリト曰ヘリ此問題ニ付テハ司法裁判所ニ選舉ノ訴訟ヲ判決スルノ權ヲ屬セシメタルノ點ヨリ考フルトキハ「アルンド」氏ノ說當ヲ得タルモノト信スルナリ

是ヨリ衆議院ノ資格審査ノ手續ヲ一言センニ議員ノ資格ニ付異議ヲ生シタルトキハ特ニ資格審査委員ヲ設ケテ之ヲ審査セシメ其委員ノ報告ニ基キテ議員ハ其資格ノ有無ヲ決スルモノナリ尤普國ノ議員ハ資格ナキコトノ決議アル迄ハ議場ニ列シ且發言スルノ權ヲ失ハサルモノナリ若其議員カ無資格者ト確定シタルトキハ議員ノ資格ハ當然消滅スルモノナリ

第十 議員ノ懲罰ヲ爲スコト

(一) 手續 本會議ニ於テ議員ヲ懲罰スルノ事件アリタルトキハ議長ハ其會議ヲ中止シ若クハ其犯人ヲ退場セシムルコトヲ得又委員會會若クハ部會ニ於テ懲罰事件アリタルトキハ委員長及部長ハ其會議ヲ中止シ議長ニ報告シテ處分ヲ求ムルコトヲ得又議員ハ二十人以上ノ贊成ヲ以テ懲罰ノ動議ヲ起スコトヲ得而シテ其動議ハ懲罰事件ノアリシ後三日内ニ提出スヘキモノトス尙委員會會若クハ部會ニ於テ委員長若クハ部長カ懲罰事件ト認メサル事件ニ付テモ懲罰ノ動議ヲ議院ニ提出スルコトヲ得ルナリ

(二) 委員ノ審査 議員ヲ懲罰ニ付スヘシトノ動議決定シタルトキハ其調査ヲ懲罰委員會ニ命ス其懲罰委

員ハ事件ノ生スル毎ニ設ケラルルモノナリ又議長ノ制止又ハ取消ニ從ハサル者ハ議長之ヲ制止スルノ外猶懲罰事件トシテ之ヲ懲罰委員ニ付スルコトヲ得ルモノトス懲罰委員ハ其調査ヲ爲スニ方リ議長ヲ經由シテ本人及關係議員ヲ召喚、訊問スルコトヲ得ルモノニテ其委員ノ報告アリタルトキハ秘密會議ヲ以テ懲罰スヘキヤ否ヤヲ決スルモノナリ

(三) 懲罰ノ種類

(イ) 公開シタル議場ニテ譴責スルコト

(ロ) 公開シタル議場ニテ適當ノ謝辭ヲ述ヘシムルコト 謝辭ヲ表セシメントスルトキハ懲罰委員ハ謝辭ノ要領ヲ起草シ其報告ト共ニ之ヲ議長ニ提出スヘキモノナリ

(ハ) 一定ノ時日間出席ヲ停止スルコト 此期間ハ其貴衆兩院ノ間ニ區別アリ貴族院ニ於テハ一箇月以内、衆議院ニ於テハ二週間以内其出席ヲ停止スルコトヲ得尙停止ノ效果トシテハ議員ニシテ委員ナルトキハ委員ノ職ハ當然解任セラレ尙其他議院法第九九條ニ當ル場合ニハ上奏シテ勅裁ヲ得ル迄出席停止ヲ爲スコトアルナリ但是直接懲罰ノ爲ニ非サルナリ

(ニ) 除名 貴族院ニ於テ議員ヲ除名スルニ過半數ノ決議ヲ以テ足レルモ衆議院ニ於テハ議員三分ノ二以上ノ同意ヲ要スルモノニテ除名ノ效果ハ貴族院ノ議員ニ付テハ更ニ勅許アルニ非サレハ再議員ト爲ルコト能ハサルノ結果ヲ生スルモ衆議院ノ議員ハ除名ノ懲罰ヲ受クルモ再選出セララルコトヲ妨クス又其再選スルコトヲ衆議院ニ於テ拒ムコトヲ得サルナリ

第十一 議員ノ請暇及辭職ヲ許可スルコト

請暇ハ一週間ヲ超エサルトキ若クハ一週間ヲ超ユルモ休會中ハ議長ニ於テ許可スルヲ得ルモノナリト

雖一週間ヲ超ユル請暇ニ付テハ院議ヲ以テ之ヲ許可スルモノナリ又衆議院議員ノ辭職ハ議院法第八三條ニ依リ衆議院ノ決議ヲ以テ之ヲ許可スルモノナルモ貴族院議員ニ付テハ其辭職ハ勅許ヲ要スルモノナリ

第十二 議員ノ逮捕ニ付許諾ヲ與フルコト

憲法第五三條ニ依リ會期中ニ議員ヲ逮捕スルトキハ議院ノ許諾ヲ要スルモノナリ許諾ヲ與フルノ標準ニ付テ別ニ明文ナキカ爲メ疑問ヲ生スト雖右第五三條ノ目的ハ政府ヲ故ナクシテ議員ヲ逮捕シ以テ議會ニ干涉スルコトヲ拒クニ在ルニ由リ如此嫌疑ナキ場合ニ於テハ必議院ハ其逮捕ニ付許諾ヲ與フヘキモノトス故ニ議院ハ單ニ逮捕セラルル所ノ議員ノ無罪ナルヘキコトヲ理由トシテ其逮捕ヲ拒ムコトヲ得サルナリ

第十六節 議會ニ對スル政府ノ關係

第一 國務大臣及政府委員ハ憲法第五四條ニ依リ何時ニテモ又幾回ニテモ各議院ニ出席シ且發問スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ議員タラサル以上ハ單ニ發言スルヲ得ルニ止リテ會議ノ表決ニ與フルコトヲ得サルハ勿論ナリ又議場内ノ秩序ハ議長ノ職權トシテ之ヲ維持スルモノナルニ由リ國務大臣及政府委員モ發言セントスルトキハ其發言ノ許可ヲ議長ニ請ハサルヘカラスト雖國務大臣及政府委員ハ憲法第五四條ニ依テ發言ノ自由ヲ認メラレタルニ由リ議長ハ何時ニテモ之ヲ許可スヘキモノトス但發言ニ付テ一ノ制限アリ即他ノ議員ノ發言ヲ妨害スルヲ得サルコト是ナリ又國務大臣及政府委員ハ當ニ本會議ニ於テ出席發言ノ自由ヲ有スルノミナラス委員會及兩院ノ協議會ニ出席シ且發言スルノ自由ヲ有

シ又秘密會議ニモ出席スルコトヲ得ルハ勿論ナリ此國務大臣及政府委員ノ發言ニ關シ實際問題トシテ此等ノ者ハ議事日程ノ問題如何ニ拘ラス發言スルコトヲ得ルヤ又討論終結ノ動議可決シタル後發言スルコトヲ得ルモノナリヤノ疑問生シタルコトアリト雖此第一ノ問題ニ付テハ積極的ニ答フヘク第二ノ問題ニ付テハ消極的ニ答フヘキモノナリ尙終ニ國務大臣及政府委員ノ議事規則ニ違背シ又ハ議長ノ命令ニ違背シタルトキハ之ヲ懲罰ニ付スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ議長ノ議場ノ秩序維持權ハ政府委員及國務大臣ニ及フモ議員ノ懲罰權ハ國務大臣及政府委員ニ及ハサルモノトス故ニ多數ノ學者モ此點ニ於テハ一致スルモノナリ

第二 國務大臣及政府委員ハ議院法第九〇條ニ依リ議場ノ秩序ヲ紊ス者アル場合ニ議長ノ注意ヲ喚起スルコトヲ得

第三 國務大臣及政府委員ハ左ノ場合ニ必報告ヲ受クヘキモノナリ

(一) 常任又ハ特別委員會ヲ開クトキハ毎回委員長ヨリ其主任ノ國務大臣及政府委員ニ報告スヘキモノナリ(議院法四六條)

(二) 議事日程及議事ニ關スル報告ハ議員ニ分配スルト同時ニ之ヲ國務大臣及政府委員ニ送付スヘキモノナリ(議院法四七條)

第四 憲法第六七條ニ列記シタル國家ノ歲出ヲ廢除削減スルトキハ政府ノ同意ヲ要スルナリ

第五 議事日程ノ變更ニ對シ政府ハ拒否スルノ權ヲ有ス 議事日程ハ政府提出ノ議案ヲ先ニスヘキモノナリト雖他ノ議事ノ緊急ノ場合ニハ順序ノ變更ヲ政府ニ請求スルコトヲ得政府ハ之ニ對シ同意又ハ不同意ヲ表スルノ權ヲ有ス(議院法二六條)

第六 政府ハ議案ノ提出、修正及撤回ヲ爲スコトヲ得 政府ハ議案ヲ提出スルコトヲ得ルノミナラス何時ニテモ已ニ提出シタル議案ヲ修正シ又ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ルモノトス(議院法三〇條)

第七 政府ハ秘密會ヲ請求スルノ權アリ 何レノ國ニ於テモ秘密會ノ爲スコトハ議院ヲ以テ決スルモノナリト雖我國ニテハ政府ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ必公開ヲ停ムルコトト爲セリ(憲法四八條、議院法三七條)

第十七節 議院ノ議事ノ手續

第一款 議案

第一 發案

議案トハ法律案、豫算案其他兩院ノ協賛ヲ要スルモノハ勿論貴族院令ノ改正案ノ如キ一院ノ許可ヲ要スルモノモ亦議案タルモノトス然レトモ議案ハ議決ノ目的物ナルカ故ニ已ニ確定ノ議決ヲ經タル以上ハ之ヲ議案ト稱セタルナリ議案ノ中兩議院ニ發案權ノ屬スルモノハ法律案ニシテ是レ憲法第三八條ニ明言スル所ナルモ其他ノモノニ付テハ之ヲ議院ニ許ササルノ結果總テ政府ヨリ發案スヘキモノト解釋スヘキモノナリ議院ニ於ル發案ノ手續ハ發案ノ前ニ議案ノ發議ヲ要スルモノニテ其議案ヲ發議スルニハ二十人以上ノ賛成者アルヲ必要トスルナリ而シテ此發議セラレタル議案カ其院ニ於テ可決シ他院ニ移ラレタルトキ始テ議院ノ發案ト爲ルモノナリ(議院法二九條)

第二 議案ノ撤回

政府議案ヲ撤回スルコトニ付テハ明言アルモ議院ヨリ提出シタル議案ニ付テハ何等ノ明文ナキニ由リ

之ヲ撤回シ得サルモノト解釋スヘキナリ蓋已ニ他院ノ院議ニ上リタル議案ヲ發議シタル議院力撤回スルコトハ議院ノ決議ノ取消トナリ之ヲ撤回スルニハ明文ヲ俟タサルヘカラサルコトナレハナリ

第二款 議事日程

各院ノ議長ハ議事日程ヲ定メ議院ニ報告スヘキモノトス而シテ日程ノ順序ヲ定ムルニハ政府提出ノ議案ヲ先ニシ次ニ他院ヨリ提出シタル議案ヲ記載スヘキモノニシテ他ノ緊急事件ノ爲メ日程ヲ變更スルノ動議アリタルトキ又ハ議長自ラ緊急事件ナリト認ムルモノアルトキハ討論ヲ用ヒス議院ノ決議ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ルナリ

向議事日程ニ記載スルコトヲ要セサルモノハ左ノ如シ

- 一 勅語ニ對スル奉答
- 二 天機伺
- 三 慶賀
- 四 吊慰
- 五 請暇
- 六 辭職
- 七 辭任及ヒ補缺
- 八 委員ノ退席
- 九 協議委員ノ選定其他決議ヲ要セサル事項

第三款 委員會

委員會トハ或特定ノ事項ヲ審查セシムル爲メ特定ノ人ヨリ組織セラルル本會議ノ豫備機關ニシテ之ヲ設置スルノ目的ハ要スルニ

(一) 議案ヲ鄭重慎重ニ調査セシムルコト

(二) 小人數ノ者ヲシテ下調ヲ爲サシメ以テ議決ノ經過ヲ敏活ナラシムルコト

第一 種類

(一) 全院委員會 是レ議員ノ全數ヲ以テ委員ト爲スモノニテ特ニ委員會ト爲スノ必要ヲ認ムルコトナキナリ

(二) 常任委員會 毎會期ノ初メ之ヲ無記名ニテ選任スルモノニテ一會期中在任スルモノナリ是後段ノ特別委員ト異ナル點ナリ此常任委員ハ貴族院ニ在テハ資格審查委員、豫算委員、決算委員、懲罰委員、請願委員ノ五者ニシテ衆議院ニテハ豫算委員、決算委員、懲罰委員、請願委員ノ四者ナリ

(三) 特別委員會 一事件ヲ審查スル爲ニ特ニ設クル委員ナリ是亦無記名選記ニテ選舉セラルルモノナレトモ多クハ議長ノ指名ニ依リ定メラルルナリ蓋總テノ議案ニ對シ必ス委員ヲ設クルノ必要ナシト雖、法第二八條ニ「政府ヨリ提出シタル議案ハ委員ノ審查ヲ經シテ之ヲ議決スルコトヲ得ス但シ緊急ノ場合ニ於テ政府ノ要求ニ由ルモノハ此ノ限ニ在ラス」ト定メラレタルニ由リ政府提出ノ議案ハ必委員ノ議ニ付スヘク又貴族院提出ノ議案モ衆議院ニテハ委員ニ付託スルヲ通則ト爲ス是特

別委員ノ缺クヘカラサル所以ナリ

第二 委員長

全院委員長ハ議會開會ノ初メ各院ニテ會期毎ニ無記名選舉スルモノニテ他ノ委員長ハ各委員會ニテ會期ノ初ニ互選スルモノナリ而シテ委員長ハ會議ノ日時ヲ指定シ會議ヲ整理シ秩序ヲ保持シ且委員會ノ經過及結果ヲ議院ニ報告スルモノトス(佛、獨、奧ニテハ特ニ報告委員ヲ設ク)但三分ノ一以上ノ同意アル意見ニ付テハ少數者ノ意見トシテ之ヲ少數者ヨリ報告シ得ルモノナリ

第四款 定足數

議事ヲ爲スニ一定ノ議員ノ出席ヲ要ス此數ヲ定員數ト謂フ此定員數ヲ設クルノ理由ニ至リテハ二說アリ
(一) 總議員ノ出席ハ望ムヘカラサルニ由リ可成の多數ノ出席アルヲ可トス是レ管ニ立憲代議ノ趣旨ニ適フノミナラス若定足數ヲ低クセハ少數議員ノ專斷ニ對シ之ヲ防禦スルノ途ナキヲ以テナリ
(二) 議會ノ議事ノ進行ヲ迅速ニシ且職務ヲ誠實ニ盡テシムル爲ナリ
右ノ二理由ノ根據ノ異同ニ依リ可成多數ヲ定足數トスル制度ト少數ヲ定足數ト爲スモノトニ別タルナリ而シテ我國ニテハ憲法第四十六條ニ依リ三分ノ一以上ノ出席ヲ以テ議事ヲ開クノ定足數ト爲セリ

第五款 決議

若總議員ノ意思一致セテレハ議會ハ決議ナシトスルトキハ畢竟決議ヲ見ル能ハサルニ至ルヘシ故ニ何

レノ國ニテモ多數決ニ由リテ決議スルコトセリ但多數決ニ左ノ種類アリ

- (一) 四分ノ三以上ノ多數決
 - (二) 三分ノ二以上ノ多數決
 - (三) 比較多數決
 - (四) 過半數決
- 我國ニテハ憲法改正ノ議事ニ付テハ(二)ヲ採リ通常ノ議事ニ事テハ(四)ヲ採ルモノニテ可否同數ナルトキハ議長之ヲ決スルモノトセリ

第五編 統治權ノ作用

第一章 大權作用

第一節 官制ノ制定

憲法第一〇條ニ「天皇ハ行政各部ノ官制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免ス云云」ト規定セリ故ニ行政官廳ノ官制制定ノ事ハ勅令ヲ以テ定ムヘキモノナリト雖憲法中ニハ特ニ或官制ニ付テハ法律ヲ以テ定ムヘシトノ規定ヲ爲スモノアルヲ以テ多少ノ例外ナキニ非サルナリ例之ハ行政裁判所ノ官制、會計検査院ノ官制ノ如シ尙其他ニ勅令ヲ以テ定メサル區域ニ於テ法律ヲ以テ新ニ官制ヲ制定スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ疑問ニ屬スト雖右第一〇條但書ニハ「此ノ憲法又ハ他ノ法律ニ特例ヲ掲ケタルモノハ各其ノ條項ニ依ル」ト定メラレタルニ由リ予ハ此問題ニ付テハ積極的ニ答フルモノナリ併シ法律ノ規定ヲ以テ已ニ定メラレタル勅令ノ官制ヲ變スルヲ得サルナリ

第二節 陸海軍ノ統帥

憲法第一一條ニ「天皇ハ陸海軍ノ統帥ス」ト規定セラレタリ陸海軍ノ統帥トハ現ニ編制セラレタル陸海軍ヲ指揮、命令シ之ヲ活動セシムルコトニテ此軍令ト軍政トハ之ヲ區別スヘキモノナリ即陸海軍ノ編制ニ關シ必要ナル人員ヲ徵發シ若クハ陸海軍ノ需要ニ必要ナル物品ヲ徵發スル如キハ軍政ニシテ陸海軍統帥ノ範圍内ニ在ラサルナリ

第三節 陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ムル事

陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ムルニハ法律ヲ以テシ若クハ之ヲ定ムルニ議會ヲ協賛ヲ必要トスルノ例多シト雖我國ニ於テハ專天皇親ラ之ヲ定ムルコトト爲セリ蓋歐洲ニ於テ此等ノ事項ニ關シ議會ニ干涉セシムルカ爲メ議會カ其決議ヲ爲ササリシトキニハ國法上患フヘキ結果ヲ生シタルコトアリタルヨリ來リタルモノナリ

第四節 條約ノ締結

第一款 條約ノ締結權

條約トハ國家統治者ト統治者トノ間ノ契約ニシテ君主國ニ於テハ君主之ヲ締結シ民主國ニテハ國民ヲ代表スル者之ヲ締結ス共和國ニ於テハ大統領カ條約ヲ締結スルハ即國民ヲ代表スルノ結果ニ外ナラサルナリ此條約締結權ノ君主ニ專屬スルニ至レルハ畢竟宣戰講和權ノ一部分ナルカ爲ナリ君主カ此締結權

ヲ行フニハ諸國ニ於テ特別ノ要件ヲ設ケル處少カラシ今其二三ノ例ヲ舉ケテ

- (一) 北米合衆國ニ於テハ義務ヲ負擔スルノ條約ハ元老院三分ノ二以上ノ多數ノ同意アルニ非サレハ之ヲ締結スルコトヲ得ス
 - (二) 和蘭ニ於テハ領土ノ讓與、交換ノ條約及金錢上ノ義務ヲ負擔スル條約殊ニ國民ノ權利義務ニ關スル條約ハ議會ノ承諾ヲ得タル後ニ非サレハ國王ハ其批准ヲ爲スコトヲ得ス
 - (三) 獨逸ニ於テハ皇帝ハ條約ヲ締結ス而シテ其締結事項カ同國憲法第四條ノ立法ノ範圍ニ屬スルトキハ其締結ニ付聯邦議會ノ同意ヲ要ス
 - (四) 「ウエルデンベルヒ」ニ於テハ領土ノ讓與、租稅ノ賦課、法律ノ變更其他國民ノ負擔ニ關スル條約ヲ締結スルトキハ之ヲ締結スル以前ニ議會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
- 右ニ掲ケタル諸國ニ於テハ即其機關ノ同意ヲ締結スル條件トスルモノニシテ其同意アルニ非サレハ絕對ニ條約ヲ締結スルコトヲ得サルモノナリ我國ニ於テハ憲法第一三條ニ於テ「天皇ハ……諸般ノ條約ヲ締結ス」ト規定シ締結上ニ何等ノ要件ヲ定メサルニ由リ締結權ハ天皇ニ專屬スルモノト看ルヘシ尙茲ニ附言スヘキハ天皇ハ其締結權ヲ他ニ委任スルコトヲ得ルヤ否ヤノ點ナリ或ハ實例アルコトヲ理由トシテ締結權ハ之ヲ他ニ委任スルコトヲ得ルモノナリト説ク人アリト雖締結權ハ宣戰講和ノ權ノ一部ニシテ宣戰講和ノ權ハ重大ナル作用ニシテ之ヲ他ニ委任スヘキモノニ非サルニ由リ條約ノ締結權モ亦委任スヘキモノニ非スト爲スヘキナリ

第二款 條約ノ效力

條約ノ效力發生ノ條件トシテ議會ノ協賛ヲ必要トスト定メタルノ例ナキニ非ス今其二三ヲ例示スルハ

(一) 普魯西ニ於テハ條約ニシテ國民若クハ國庫ノ負擔ヲ増スヘキモノナルトキハ兩議院ノ同意ヲ經タル後ニ非サレハ效力ヲ有スルコトナシ

(二) 白耳義ニ於テハ國王ハ宣戰、講和、同盟、通商ノ條約ヲ締結ス而シテ通商條約及國庫ノ負擔ト爲ルヘキ條約並ニ人民ノ權利義務ニ關スル條約ハ議會ノ協賛ヲ經タル後ニ非サレハ其效力ヲ有スルコトナシ

(三) 獨逸ニ於テハ前述ノ如ク條約ヲ締結スル爲メニハ聯邦議會ノ同意ヲ要シ其效力ヲ發生スル爲メニハ帝國議會ノ協賛ヲ必要トス

右ニ舉ケタル條約ノ效力ノ如何ニ關シテハ二種ノ説明ノ岐ルルモノアリ其一說ハ議會ノ議決ナル條件ノ效力ハ國內ニ對スレトモ國外ニ對スルモノモ總テ包含スルモノニシテ若議會ノ協賛ヲ經サルトキハ條約ハ全ク其效力ヲ發セサルモノナリト云フニ在リ尙此說ヲ細別スルトキハ條約ハ議會ノ不同意ヲ條約ノ解除條件ナリト解スル者ト議會ノ協賛ヲ停止條件ナリト解スル者トアリ又他ノ一說ハ國外ニ對スル效力ト國內ニ對スル效力トヲ區別スルモノニシテ此說ヲ主張スル者ハ曰ク條約トハ國ト國トノ間ノ契約ニシテ國民ニ關係ナシ國ト國トノ間ニ於テハ締結ト共ニ條約ノ效力ヲ發生スルモノニシテ議會ノ協賛ヲ經ルヲ待テテ始テ國外ニ對スル效力ヲ發生スヘキモノニ非ス國內ニ對シテ條約ノ效力ヲ保タシムルニハ之ト異ナリ憲法ニ規定シタル條件ヲ具備スルコトヲ必要トスルモノナリ故ニ右ニ舉ケタル例ニ於テハ議會ノ協賛ヲ經ルハ單ニ國內ノ效力ニ關スルモノナルニ由リ若議會カ條約ニ對シ協賛ヲ與ヘサルモ外國ニ對シテハ其條約ハ依然トシテ成立スルモノニテ其條約實行セラレサルトキハ他國ニ對シテ

責任ヲ免ルルコトヲ得サルナリト此兩說ノ當否ヲ考フルニ第二說ハ條約締結ノ要件ト條約ノ效力發生ノ要件トヲ區別スル處マテハ當テ得タルモノ一般ニ條約ヲ締結スル目的ヨリ考フルトキハ事理ニ違キモノト謂フヘシ何トナレハ條約ハ之ヲ實行スルカ爲メニ締結スルモノニシテ議會ノ協賛ナキカ爲メ實行セラレサルモ條約ハ條約トシテ存スルヲ妨ケスルカ如キハ徒ニ空論ヲ弄フモノト謂フヘキモノナレハナリ尙進ミテ第一說ノ當否ヲ考フルニ憲法ノ精神ヨリ觀レハ事解除條件說ヲ至當ト信ス此場合ニハ締結者ハ各其締結ノ當事者タル國ノ憲法ヲ眼中ニ置キテ締結シタルモノト考フヘク即議會ノ協賛ヲ經ルニ非サレハ確定ノ效力ヲ發生セサルコトヲ豫想シテ條約ヲ締結シタルモノト考フヘク隨テ其協賛ナキトキハ解除條件ノ成就ト爲リテ條約ハ其效力ヲ喪失スルモノト考フヘキモノナレハナリ故ニ議會ノ協賛ヲ條約成立ノ要件ト爲スモノモ條約ノ效力發生ノ要件ト爲スモノモ其效果ニ於テハ同一ナリト謂フヘシ

然ルニ我國ニ於テハ憲法上舊ニ締結ノ爲メノミナラス條約ノ效力發生ノ爲メ如此條件ヲ附セサルカ故ニ我國ニテハ君主ニ由リテ條約カ正當ニ締結セラレタル以上ハ無條件ニ成立スルモノト考フヘキモノナリ或ハ憲法第一二三條ニ右ニ例示シタル如キ條件ヲ附加セサルモ議會ノ協賛ヲ必要トスル事項ヲ包含スル條約ヲ締結スルトキハ當然我國ニ於テモ條約ノ效力發生ノ爲メ議會ノ協賛ヲ必要トスト説ク者アリト雖此說ハ誤レリ何トナレハ我憲法ハ普魯西、白耳義其他歐洲諸國ノ憲法ヲ參照シタルニ拘ラス特別ノ條約ニ關シ議會ノ協賛ヲ必要トストノ規定ヲ採用セザリシハ我國ニ於テハ之ニ反對ノ精神ナルコトヲ推定シ得レハナリ

第三款 條約ノ執行

條約ノ締結ハ議會ノ干涉ヲ許サレトモ條約ノ執行ノ爲メ條約中ノ法律事項ニ付テハ議會ノ協賛ヲ經テ執行法律ヲ發スルヲ必要トスト定メタル國アリ此例ハ英國及北米合衆國ナリ此等ノ國ニテハ條約締結ノ爲メ議會ノ協賛ヲ要スト爲スモノト異ナリ議會ノ協賛ハ條約ノ成立及效力ニ關スルコトナシト雖其結果ニ於テハ同一ノ困難ニ陷ルコトヲ免サルモノナリ其困難トハ何シヤ即議會カ條約ヲ定メタル目的ニ賛成セス其結果執行法律ニ協賛ヲ與ヘサルコトアルコト是ナリ或ハ之カ爲ニ總テ議會ノ干涉ヲ條約締結前ニ許サントシテ豫議會ノ同意ヲ得テ然ル後其議會ノ同意シタル内容ニ從テ條約ヲ締結スヘシト唱フル者アリ和蘭、西班牙、葡萄牙等ノ憲法ノ精神亦之ニ外ナラスト雖實際ニ方リテハ議會ノ同意シタル内容ニ外國カ必シモ同意スルヲ保證スルヲ得ス又議會カ最初ニ同意ヲ與フルモ締結後更ニ條約若クハ執行法律ヲ議會ニ提出シタルトキ議會ハ前ト同一ノ意思ヲ以テ之ニ同意スルコトヲ保證スルコト能ハス故ニ此方法ヲ以テ條約ノ締結權ト議會ノ協賛權トヲ調和スルノ良法ト考フルヲ得サルナリ是ニ於テ又條約ノ執行法律ヲ議會ニ提出シタルトキハ議會ハ必之ニ協賛ヲ與ヘサルヘカラストノ説ヲ生セリ其理由ハ條約ハ國ト國トノ間ノ約束ニシテ其國ノ機關タル議會ハ當事者ノ一部分タルニ由リ其條約ノ意思ニ從テ協賛スル義務ヲ有スト云フニ在リ他ノ一説ハ議會ノ協賛權ハ必ス自由ナリト規定セラレサルカ故ニ其自由ニ行フノ結果他ト衝突ヲ生スル場合ニハ自由ナル協賛權ヲ有セサルモノト解スヘシ即條約ノ執行法律案ヲ議ニルカ如キ場合ニハ協賛ノ自由ヲ有セサルノ例ト爲スヘシト云フニ在リ此等ノ説ハ其ニ當ヲ得タルモノニ非スト信ス何トナレハ議會ハ憲法上協賛ノ權限ヲ有シ其協賛ノ權限ハ

特別ノ明文ナキ以上ハ自由ニ之ヲ行フコトヲ條件トシテ付與セラレタルモノト解スヘク然ラサレハ協賛セシムルノ要ナクレハナリ故ニ前ニ述ヘタル困難ハ到底之ヲ除却スルコト能ハサルモノトス

翻テ我憲法上執行法律ヲ出スノ必要アリヤ否ヤト云フニ別ニ憲法上定マリタル形式ヲ要セサル事項ヲ條約中ニ包含スルトキハ如何ナル形式ニ依リ其條約ヲ公布スルモ妨ナキモ憲法上法律ニ非サレハ定ムルコト能ハサル事項ヲ條約ニ包含スル條約アリタルトキ其執行法律ヲ出スルヲ必要ト信ス例ハ憲法第二一條ニ「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ有スト」アルニ由リ法律以外ノモノヲ以テ納稅ヲ定ムルモ臣民ハ之ヲ納ムルノ義務ナシ故ニ條約ヲ以テ租稅ヲ新ニ定メタルトキモ法律ヲ必要トスルカ如シ但茲ニ講究スヘキハ此執行法律ヲ出スコトナク即條約ノ規定ニ基キテ更ニ法律ヲ制定スルニ非シテ直ニ法律事項ヲ條約ヲ以テ定メタルトキニ於テ其法律事項ヲ包含スル條約ニ批准ヲ與ヘタルトキハ其批准ハ一方ニ於テハ外國ニ對スル條約ノ締結ト爲リ他ノ一方ニ於テ其批准ハ法律ノ裁可ト作用ヲ爲スモノナリ即一ノ批准ノ行為ヲ以テ二ノ效果ヲ生スルモノナリ即條約ノ締結及法律ノ裁可ト爲ルナリ「フョレン」氏カ條約ノ批准ハ裁可ノ一ニシテ外國ニ對シテハ國法ノ成立シタルコトヲ證明スルモノナリト説キタルハ前述セル批准ノ性質ノ一部ヲ言表ハセルモノナリ其結果トシテ法律事項ヲ包含シタル條約ヲ批准シタル後之ヲ法律トシテ公布シタルトキハ他ノ法律ト同一ナル適用上ノ效力ヲ有スルモノナリ固ヨリ法律トシテ之ヲ發布シタルトキハ法律ハ法律ヲ變更スルコトヲ得トノ原則ニ依リ他ノ法律ヲ以テ新法律ト爲シテ公布セラレタル條約ヲ變更スルヲ得ルカ如シ雖此法律ハ一般ノ法律トハ異リ他國ニ對スル條約ヲ内容トスル點ニ在リニ由リ之ヲ變更スルコト能ハサルナリ蓋法律ヲ以テ條約ヲ變更スルコトヲ得サレハナリ或ハ如此論スルトキハ憲法ニ「凡テ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ

要スル規定シタルニ拘ラス議會ノ協賛ヲ經スシテ法律ヲ公布スルハ憲法第三七條ニ牴觸スルモノニ非サルヤノ疑ヲ生ヘシト雖此場合ハ特別ニシテ第三七條ノ適用ヲ受ケサルモノナリ其論ハ憲法第一三條ニシテ同條ハ條約ノ内容ニ關シシモ制限ヲ設ケス制限ナキカ爲メ法律事項ヲ包含スル條約ヲ君主ハ自由ニ定ムルコトヲ得ヘク而シテ條約ハ之ヲ實際ニ適用スルカ爲メ規定スルモノナレハナリ若條約中ニ法律事項ヲ包含スルコトナキハ現行ノ慣例ニ於ルカ如ク勅令トシテ條約ヲ發布スルハ固ヨリ妨ナキ所ニシテ即其勅令ノ公布ニ依テ國民ニ對シ拘束力ヲ生スルモノナリ然ルニ法律事項ヲ有スルニ拘ラス現行ノ慣例ニ於テ尙勅令ヲ以テ公布スルコトアルハ條約ヲ締結スルハ大權事項ナルカ故ニ勅令ニ依ルモノナリトノ理由ニ出ツルモノナルヘシト雖憲法ニ牴觸スルノ嫌ナキニ非サルナリ

第五節 宣戰・講和

宣戰ノ布告ハ今日ニ至ル迄總國務大臣ノ副署ニテ詔勅ノ形式ヲ以テ現ハルト雖勅令ヲ以テ宣戰ノ布告ヲ爲スモ憲法ニ違反スルモノニ非サルナリ蓋別ニ形式ニ於テ制限ナキヲ以テナリ

第六節 戒嚴ノ宣告

戒嚴トハ戰時又ハ事變ニ際シ兵力ヲ以テ一定ノ區域内ヲ警戒スルコトニテ其效果トシテ司法及行政ノ作用ハ普通ノ官廳ヨリ軍事上ノ官廳ニ移ルモノナリ蓋戰時又ハ事變ノ際ニ於テハ普通ノ官廳ノ力ヲ以テ公共ノ安寧秩序ヲ能ク保持コトヲ得サレハナリ
戒嚴ヲ宣告スルノ權ハ我憲法第一四條ニ於テ天皇ニ屬スルコト明ナリ或ハ戒嚴ノ宣告ヲ陸海軍ノ統帥

民法物權第一部

法學士 横田 秀雄 講述

本講義ニ於テハ第二編物權第一章總則第二章占有權第三章所有權第四章地上權第五章永小作權及第六章地役權ヲ説明スルヲ目的トス

第一章 物權總論

第一節 物權ノ性質

物權ハ物ヲ支配スル權利ナリ詳言スレハ物權ハ有體物ヲ直接ニ權利者ノ意思ニ服從セシムルモノニシテ權利者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ權利ノ目的タル有體物ヲ支配スル法律上ノ能力ヲ有スルモノナリ蓋物權ノ種類ハ一ニシテ足ラス其内容モ亦從テ區別ナリト雖直接ニ物ノ上ニ行レ物ヲ支配スルノ權利タルハ一ニシテ唯其支配ノ方法、範圍ニ差異アルニ過キス如此物權ハ權利者ト權利ノ目的タル物トノ間ニ直接ノ關係ヲ生セシムルヲ以テ此權利ニ付テハ特定ノ對手人ナルモノアルコトナシ換言スレハ權利者ハ直接ニ權利ノ目的タル物ヲ支配スルコトヲ得ヘク之カ爲メ敢他人ノ行爲ヲ必要トナサス唯權利者以外ノ人ハ其何人タルヲ問ハス物ニ對スル權利者ノ行爲ニ干渉シテ其行爲ヲ妨タルコトヲ得サルノミ

故ニ物權ハ特定ノ人ヲシテ特定ノ行為ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルモノニテ、唯一ノ人ヲシテ物ニ對スル權利者ノ行為ヲ侵害セザル消極的義務ヲ負ハシムルモノトス。權利ハ、以テ常ニ特定ノ對人、アルコトヲ要シ、其目的トスル所モ亦對人即債務者ノ行為不行爲ニ在テ、物ト直接ノ關係ヲ有スルコトナシ。是債權ヲ稱シテ對人權又ハ人ヲ支配スル權利ナリト云フ所以ナリ。故ニ債權關係ニ在テハ債務者ニ於テ權利ノ目的タル行為不行爲ノ義務ヲ負フト同時ニ當事者以外ノ一般ノ人ニ於テ此權利關係ヲ侵害セザルノ消極的義務ヲ負フモノトス。

世の效力トテ併セテ生ズルモノトス。吾人ハ享有スル所ノ私權ハ之ヲ二箇ニ大別スルコトヲ得。身分權及財產權。即是ナリ。是方今普通ニ行ハル所ノ權利ノ類別ナリ。所謂身分權トハ人ノ身分上ノ位置ヨリ生ズル私權ニシテ、人ノ人格權及親族權ノ二トナス。コトヲ得人ノ人格權トハ人ノ固有ノ性格ヨリ生ズル私權ニシテ、吾人ノ生命、身體、名譽、自由、姓名、尊稱等ニ關スル權利ヲ稱シ、親族權トハ人ノ親族關係ヨリ生ズル私權ニシテ、戸主ト家族ノ關係ヨリ生ズル戶主權、親子ノ關係ヨリ生ズル親權、夫婦ノ關係ヨリ生ズル夫婦權、如キモノヲ云フ。財產權ハ處分シ得ヘキ利益ヲ目的トスル權利ニシテ、物權ハ債權及智能權ト共ニ此種ノ權利ニ屬スルモノナリ。

右權利ノ類別中人ノ人格權ハ人タルノ性格ヨリ生ズル人タルノ資格ト分離スヘカラサル關係ヲ有スルヲ以テ吾人人類ハ當然此權利ヲ享有スルト同時ニ之ヲ拋棄シ之ヲ讓渡スルコト能ハサルモノナリ。是人格權ノ特質ナリ。親族權モ亦人ノ身分關係ヨリ生ズル人ノ身分ト分離スヘカラサル關係ヲ有シ之ヲ拋棄シ之ヲ讓

渡スルコトヲ得サルハ人格權ニ同シ。物權ハ全ク之ト異リ、吾人ハ物權ヲ有スルコトアリ又ハ有セザルコトアリ之ヲ有セザルモノタルノ身分ニ毫モ缺クルコトナク又之ヲ有スルモノタルノ身分ニ附加スルコトナシ。唯此權利ヲ有スルニ因リ吾人ノ本來享有セル能力ハ一層其範圍ヲ擴張スヘキノミ且物權ニシテ既ニ人タル身分ト分離スヘカラサル關係ヲ有セザル以上一旦取得シタル後之ヲ拋棄シ之ヲ讓與スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タズ。換言スレバ物權ニ在テハ法律ニ依リ保護セラルル利益ハ權利者ニ於テ隨意ニ處分シ得ヘキモノトス。是物權ヲ處分シ得ヘキ利益ヲ目的トスル權利トシテ財產權ハ一種ノ屬シ。債權ト其性質ヲ同ウスルノ點ナリトス。

物權ハ物ノ上ニ直接ニ行ハル權利ナルヨリ左ノ效果ヲ生ズ。
第一 物權ニハ權利ノ目的タル特定ノ有體物アルコトヲ必要トス。我民法ニ在テ物ト稱スルハ有體物

(動産、不動産)ノミヲ云ヒ物權ハ直接ニ物ノ上ニ行ハル權利ナルヲ以テ其存立ニハ特定ノ有體物アルコトヲ必要トス何トナレハ物權ノ目的ハ有體物タルコトヲ要スルハ勿論權利者ト有體物トノ間ニ直接ノ關係ヲ生ズルニハ其有體物ノ特定スルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ。債權ハ之ニ異リ權利ノ目的タル有體物アルコトヲ必要トセザルノミナラス偶有體物ノ給付ヲ目的トスル場合ト雖權利ノ目的ハ有體物其モノニ非スシテ對人ノ行為ニアルモノナリ。是物權ト債權ト異ル第一ノ點ナリトス。

第二 物權ハ物上請求權ヲ生ズ。物權ニハ特定ノ對人ナク唯一ノ人ヲシテ不行爲ノ義務ヲ負ハシムルニ過キス而シテ之ヲ侵害スル者アルニ當リ初テ特定ノ人ニ對シテ行為不行爲ヲ要求スルノ權ヲ生ズルモノニシテ物權ヲ有スル者ハ場合ニ從ヒ侵害者ニ對シテ目的物ノ返還、原狀回復、妨害排除、

損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ物上請求權又ハ物上訴權ト稱スルモノ即是ナリ是成立ノ初ヨリ
特定ノ人ニ對シテ行爲不行爲ヲ要求スル權利タル債權ト異ル所ナリ
第三、物權ハ追及權ヲ生ス。吾人ノ有スル權利ハ權利ノ目的タル物カ輾轉シテ何
人ノ手裡ニ歸スルモ其物ニ追隨シテ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ之ヲ稱シテ追及權ト云フ例之甲一ノ家
屋ヲ所有スル場合ニ乙其家屋ヲ冒認シ自己ノ所有家屋ナリトシテ之ヲ丙ニ賣却シ丙更ニ之ヲ丁ニ賣
却シ丁モ亦之ヲ戊ニ賣却シ戊之ヲ占有スト假定センニ家屋ノ真正ノ所有者タル甲ハ追及權ノ作用ニ
依リ戊ニ對シテ其權利ヲ主張シ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ尙他ノ一例ヲ舉グレハ甲乙ニ對シテ
金一萬圓ノ債權ヲ有シ其債權ノ擔保トシテ乙ノ所有ニ係ル地所ノ上ニ抵當權ヲ設定シタル後乙其地
所ヲ丙ニ賣却シタルトキハ甲ハ地所ノ所有者ノ更迭ニ拘ハラス其權利ヲ主張シ該地所ノ上ニ抵當權
ヲ行フコトヲ得ヘシ
反之吾人ノ有スル權利カ債權ナルトキハ對人タル債務者ニ對シテハ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ
債務者以外ノ人ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ス例之甲カ乙ニ對シテ越後米百俵ヲ賣渡スコトヲ約シタ
ルトキハ乙ハ甲ニ對シテ其引渡ヲ求ムルノ權利ヲ有スルヤ明ナリ此場合ニ於テ甲其所持ノ越後米ヲ
丙ニ讓渡シ其引渡ヲ了シタルトキハ乙ハ丙ニ對シテ其引渡ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ乙ハ債權
者トシテ債務者タル甲ニ對シテ米ノ引渡ヲ爲サシムルノ權利ヲ有スルニ止リ債務者ニ非サル丙ニ對
シテハ何等ノ請求權ヲモ有セス又米其物ニ付權利ヲ有セサルヲ以テナリ
第四、物權ハ優先權ヲ生ス。吾人カ或物ノ上ニ物權ヲ有スルトキハ後ニ至リ第三者ハ最早同一物ノ上
ニ同一ノ物權又ハ吾人ノ物權ト相容レサル權利ヲ取得スルコトヲ得ス故ニ同一物ノ上ニ時ヲ異ニシ

テ數箇ノ物權カ設定セラレタルトキハ其優劣ハ設定ノ前後ニ依テ定マルヘキモノニシテ前ニ設定セ
ラレタル權利ハ後ニ設定セラレタルモノニ優先スルヲ原則ト爲ス優先權ト稱スルモノ即是ナリ例之
(一) 甲一ノ地所ヲ所有シ乙ノ爲ニ其地所ノ上ニ地上權ヲ設定シタル後更ニ其地所ノ所有權ヲ丙ニ讓
渡シタルトキハ前ニ設定セラレタル乙ノ地上權ハ後ニ取得シタル丙ノ所有權ニ優先スヘキモノトス
何トナレハ乙ハ完全ニ地上權ヲ取得シ此地地上權ハ丙ニ於テ之ヲ尊頂セサルヘカラス從テ丙ハ地上權
ヲ負擔シタル所有權ヲ取得シタルニ過キスシテ乙ノ地上權ヲ無視シテ完全ナル所有權ヲ行使スルコ
トヲ得サレハナリ(二) 甲乙ニ對シテ借用金ノ擔保トシテ其家屋ヲ抵當ニ供シタル後更ニ丙ヨリ金圓ヲ
借用シ同一家屋ヲ抵當トナシタルトキハ前ニ設定セラレタル乙ノ抵當權ハ後ニ設定セラレタ
ル丙ノ抵當權ニ優先スヘキモノトス從テ乙先ヅ其家屋ノ上ニ抵當權ヲ實行シ其債權ノ完全ナル辨濟
ヲ受ケタル後ニアラサレハ丙ハ該家屋ニ付其抵當權ヲ行フコトヲ得ス
債權ハ之ニ異リ其效力同等ニシテ何ハ債權モ優先ノ利益ヲ享受セサルヲ原則トス從テ物權ノ如ク
其發生ノ前後ニ依リ強弱ヲ異ニスルコトナシ例之甲乙ヨリ金千圓ヲ借用シタル後更ニ丙ヨリ金千圓
ヲ借用シタルトセンニ乙丙ノ債權ハ其效力ニ於テ全ク同等ニシテ其間毫モ差異ナク前ニ發生シタル
乙ノ債權ハ後ニ發生シタル丙ノ債權ニ對シテ優先權ヲ享受スルコトナシ故ニ同一債務者ニ對シテ數名
ノ債權者アルトキハ各債權者ハ他ノ債權者ニ拘ラス自己ノ債權ノ履行ヲ債務者ニ求ムルコトヲ得ヘ
シ其債權發生ノ日時如何ヲ顧慮スルノ必要ナシ從テ各債權者カ其債權ニ付滿足ヲ得ルト否トハ一ニ
債務者ニ對スル請求ノ遲速如何ニ係ルモノナリ但債務者カ無資力トナリ其財產ヲ差押ヘテ之ヲ賣却
シ總債權者ニ配當スル場合ニハ其賣却代金ハ債權發生ノ日時如何ニ拘ラス債權額ニ應シテ之ヲ債權

者間ニ分配スヘキモノトス是債權同等ノ原則ヨリ生スル結果ニシテ債務者ノ總財産ハ總債權者ノ共同擔保ナリトハ結局此意義ニ外ナラス

要之ニ物權ハ直接ニ物ヲ支配シ債權ハ物ト何等直接ノ關係ヲ有セスシテ對手者ノ行為ヲ目的トス而シテ此兩者間ニハ原則上前述ノ如キ效力ノ差異アリト雖此原則ハ絕對ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス例之物權ハ其成立ト同時ニ追及權及優先權ヲ生スルヲ本質ト爲スモ物權者ハ常ニ此權利ヲ行フコトヲ得ス即民法第一七七條、第一七八條ノ規定ヨリ生スル結果トシテ物權ノ設定移轉アリタル場合ニ物權ノ取得者ハ不動產ニ關スル物權ニ關シテハ登記手續動產ニ關スル物權ニ關シテハ引渡ヲ爲スニ非ナレハ第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス又他方ニ於テ賃借權ノ如キハ本來一ノ債權ニ過キサルモ之ヲ登記スルニ於テハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘク且特定物ヲ目的トスル債權ハ直ニ物權ヲ生スルヲ以テ特定物ニ關スル債權ト物權トハ理論上ニ於テハ其效力ヲ異ニスルモ實際上ニ於テハ其效力殆ト相等シキニ至レリ然レトモ特定物以外ノ給付ヲ目的トスル債權ト物權トノ間ニハ常ニ上述ノ如キ性質及效力ノ差異アリトス

第二節 物權ノ種類

物權ハ物ノ上ニ行ル權利ニシテ多少永續スヘキ性質ヲ有シ目的物ノ存スル限りハ何人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ヘク又物ハ動產タルト不動產タルトニ論ナク一國ノ富ト密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ物權ニ關スル制度ハ常ニ一國ノ經濟ニ重大ナル影響ヲ及スモノナリ就中土地ハ物權ノ設定ニ適シ土地ノ上ニ種種ナル負擔ヲ加フルコトハ古來其例ニ乏シカラスト雖土地ハ殖産興業ノ用ニ供セラレ國ノ一大

富源ヲ成スモノナレハ各人ヲシテ土地ノ永久ノ負擔トナルヘキ物權ヲ濫リニ設定スルコトヲ得セシムルニ於テハ一國ノ經濟上頗る危殆ノ結果ヲ生スルニ至ルヘキハ賸易キノ道理ナリ故ニ方今何レノ國ニ於テモ債權ノ創設ニ付當事者ニ完全ナル意思ノ自由ヲ認許スルニ反シ物權ノ創設ニ關シテハ嚴格ナル制限ヲ設ケ法律ニ認ムルモノノ外ハ當事者ノ意思ヲ以テ隨意ニ之ヲ創設スルコトヲ得サルモノナレシ我國ニ於テ從來認ラレタル物權ハ其數甚多カラス永小作權、地役權、質權ハ一般ニ行ハレ來リシ所ニシテ其他地方ニ依リ下草蒔取權、見羅山仕立權、入會權等ノ名稱ノ下ニ土地ニ關スル物權アリ歐洲諸國ニ於テハ中古以來時ノ需用ト各人ノ意向トニ因リ土地ニ關シテ無制限ニ種種ナル物權ヲ創設シ物權ノ種類頗多ク何レノ土地モ數多ノ物權ヲ負擔シ完全ナル所有權ハ殆稀ナルニ至レリ土地ヲ利用スルノ道開ケス土地ニ關スル取引極テ緩漫ナル時代ニ在テハ斯ル事態モ左迄一國ノ經濟ニ影響ヲ及スコトナカリシト雖社會漸進歩スルニ從ヒ漸次ニ物權濫設ノ弊害ヲ感知スルニ至レリ即一方ニ於テハ土地ニ關スル取引頻繁トナルト同時ニ無制限ニ物權ヲ設定ヲ許スハ取引ノ安全ヲ害スルコト大ナリ何トナレハ土地ノ買受人ハ往往ニシテ買受ノ當時知ラザリシ種種ノ物權ヲ買受ノ後ニ至リテ發見シ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘク然ラサルモ土地力種種ノ物權ヲ負擔スルトキハ其土地ヨリ生スル利益ハ數人ニ分配セラレ且其相互ノ關係錯雜スルニ因リ土地ニ關スル取引ハ容易ニ行レザルヲ以テナリ又他方ニ於テ土地力多クノ物權ヲ負擔スルトキハ之ニ改良ヲ加ヘ之ヲ利用スルコトハ到底望ムヘカラス何トナレハ土地力完全ニ或權利者ノ支配ニ歸スルニ因リ其權利者ハ土地ノ永久ノ利害ヨリ打算シ諸般ノ改良ヲ加ヘ之ヨリ生スル利益ヲシテ益大ナラシムルヲ得ヘキモ土地力同時ニ數人ノ支配ヲ受クルニ於テハ各自其利害ヲ異ニシ專其己ノ利害ニ從テノミ動作スヘク何人モ土地永久ノ利害ニ著眼セサルヘキヲ以テナ

リ如此ハ一國ノ經濟ニ於テ不利ナルコト論ヲ俟タラシメニ於テ近世ニ至リ何レノ國ニ於テモ物權ノ種類ヲ限定シ濫用ニ之ヲ創設スルコトヲ禁止シ從來行レタル物權中其國ノ需要ニ缺クヘカラスルモノノミヲ存シ國ノ經濟上有害ナルモノハ悉之ヲ廢止スルニ至レリ我國ニテハ從來行レタル物權ノ種類ハ歐洲ニ於ルカ如ク多カラス從テ此點ニ關スル弊害モ亦著大ナラズト雖一切ノ疑問ヲ豫防スルカ爲メ文明國ノ立法主義ニ則リ物權ノ種類ヲ制限スルノ制ヲ採用シ民法及其他ノ法律ニ定メタルモノノ外ハ之ヲ創設スルヲ得サルコトセリ舊民法モ同一主義ヲ採用シ物權ノ種類ヲ列記シタレトモ明文ヲ以テ一般ノ原則ヲ示スコトヲ爲サリシカ新民法ハ物權編ノ冒頭ニ於テ特ニ之ヲ規定セタリ故ニ當事者カ其意思ヲ以テ物ニ關スル權利ヲ設定スルモ其權利カ法律ニ認ムル物權ノ種類ノ一ニ該當セサルニ於テハ其權利ハ一ノ物權トシテ法律ノ保護ヲ受タルコト能ハサルモノトス

我民法ニ認マラル物權ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得所有權、他物權及占有權即是ナリ

第一、所有權。物權中最完全ナルモノ、何トナレハ所有權ハ總テ關係ニ於テハ其總ノ方ハ完全ナル物權ナリト云フ所以ナリ故ニ此權利ヲ所有スル者即物ノ所有者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ權利ノ目的タル物ヲ使用、收益、處分スル等物ノ上ニ完全ナル支配權ヲ有スルモノナリ然レトモ物ニ關スル完全ノ支配權タル所有權ハ第三者ノ權利ニ依テ制限セラレ所有權ノ目的タル物カ一若クハ二以上ノ關係ニ於テ所有者以外ノ人ノ支配權ニ服從スルコトアリ此場合ニ於テハ同一物カ同時ニ所有者ト其他ノ權利者ノ支配ヲ受ケ所有者ハ完全ナル支配權ヲ有セサルコトナルヘシト雖他ノ權利者ノ支配權ハ要スルニ所有權ノ制限タルニ過キサルヲ以テ第三者ノ支配權カ消滅スルコト同時ニ所有者

ハ其權利ノ目的タル物ノ上ニ再完全ナル支配權ヲ回復スルモノナリ

第二、他物權。所有權以外ノ物權ハ單ニ或關係ニ於テノミ物ヲ支配スルノ權利ニシテ他人ノ所有物ノ上ニ行ル權利タルニ過キス而シテ此等ノ物權中ニハ或ハ所有者ノ權利ヲ制限シ所有者以外ノ人ノ

シテ所有者ニ屬スル權利ノ一部ヲ行使セシムルヲ目的トスルモノアリ或ハ單純ニ所有者以外ノ人ノ利益ノ爲ニ所有者ノ權利ヲ行使ヲ制限スルノミヲ以テ目的トスルモノアリ例之地上權、永小作權ノ如キハ土地ノ所有者ニ屬スル土地ノ使用、收益ノ權利ヲ地上權者、永小作人ニ歸セシメ質權、抵當權ノ如キハ所有者ニ屬スル處分權ヲ質取主及抵當權者ニ歸セシメ消極的地役權ノ如キハ地役權者ノ利益ノ爲ニ土地所有者ノ權利ヲ行使ヲ制限スルニ止ル之ヲ要スルニ所有權以外ノ物權ハ總テ他人ノ所有物ノ上ニ行ル權利ナルヲ以テ之ヲ他物權ト稱シ又ハ或關係ニ於テノミ物ヲ支配スルノ權利ナルヨリ之ヲ不完全ナル物權ト云ヒ所有權ト區別スルヲ通則トス地上權、永小作權、地役權、先取特權、留置權、質權及抵當權ハ此種ノ物權ニ屬ス

第三、占有權。占有權モ亦物ノ上ニ行ル權利トシテ一ノ物權ナリト雖他ノ物權ト稍異性質ヲ異ニシ物權中特別ノ地位ヲ占ム蓋所有權及他物權ハ物ヲ支配スルノ權利ナルヲ以テ所有權又ハ他物權ヲ有スル者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ權利ノ目的タル物ヲ支配スルノ能力ヲ有スト雖權利者ハ其權利ノ本質ニ從ヒ現實ニ物ヲ支配スルコトアリ又ハ支配セサルコトアリテ現實ニ之ヲ支配セサルモ此事實ハ其權利ノ存立ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ占有權ハ之ニ異リ物ノ占有即吾人カ現實ニ物ヲ支配スルヨリ發生スル所ノ權利ニシテ物ヲ占有スルコト同時ニ此權利ヲ取得シ其占有ヲ失フト其ニ此權利ヲ喪失シ占有ト占有權トハ分離スヘカラス關係ヲ有スルモノナリ是占占有權ハ物權中ニ在テ特種ノ權利

ニ屬ス、所謂、所以ナリ、而シテ、占有權ト、關係上、所有權、及他物權ヲ稱シ、本權又ハ實體上ノ權利ト云フ。物權ハ又主タル物權及從タル物權ニ區別スルコトヲ得、主タル物權トハ、獨立シテ存在スルモノヲ云フ、所有權、地上權、永小作權等ノ如シ、從タル物權トハ、他ノ權利ニ附從シテ存在スルモノヲ云フ、所有權ニ附從スル所ノ地役權及債權ノ擔保トシテ之ニ附從スル所ノ質權、留置權、先取特權等ノ如シ、民法ニ認ムル所ノ物權ハ所有權、占有權、地役權、地上權、永小作權、質權、留置權、抵當權及先取特權ノ九種ニシテ入會權モ亦慣習上ノ物權トシテ民法ニ認メラル所ナリ、右ノ外特別法ニ於テ認ムル物權アリ、例之、鑛業權ノ如シ、舊民法ニ於テハ用益權、賃借權、住居權、使用權等ノ物權ヲ認メタレトモ、現行民法ハ總テ之ヲ廢シ、賃借權ハ普通ノ債權トナシ、之ヲ登記スルニ於テハ物權ト等ク、第三者ニ對抗シ得ヘキモノトセリ。

第三節 物權ノ得喪變更

物權ノ得喪變更ヲ生スル原因ニハ種種アリ、此等ノ原因中二以上ノ物權ニ共通スルモノアリ、又或物權ニ固有ナルモノアリ、取得原因中最重要ナルモノヲ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル當事者ノ意思表示トシ、占有、時効、法律ノ規定モ亦物權取得ノ原因トナル、物權ノ消滅ニ關シテモ亦數多ノ原因アリ、目的物ノ滅失、消滅時効、混同、第三者ノ取得時効、其他一般ニ第三者ノ原始取得、其最重要ナルモノニ係リ公用徵收、沒收ノ宣告、法律ノ規定、占有ノ喪失、存続期間ノ満了モ時アリ、物權消滅ノ原因トナル、右ノ外所有權ニ固有ナル取得原因アリ、添附、先占、遺失物ノ拾得、埋藏物ノ發見等ノ如シ。

物權取得ノ原因ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得、原始取得及繼承取得即チ原始取得トハ、其名稱ノ示ス如ク、根原的ニ物權ヲ取得スルノ謂ニシテ、新ニ自家固有ノ物權ヲ取得スルヲ云フ、取得時効、先占、添附等ノ如シ、故ニ原始取得ノ場合ニ於テハ權利ノ目的タル物件カ他人ノ權利ノ目的タリシヤ否ヤ、毫モ物權取得者ノ權利ニ影響ヲ及スコトナシ、繼承取得トハ、他人ニ屬スル權利ノ全部又ハ一部ヲ受繼シテ物權ヲ取得スルヲ云フ、當事者ノ意思表示ニ基キ物權ノ設定及移轉ハ總テ此種ノ取得原因ニ屬ス、而シテ繼承取得ニ在テハ物權取得者ノ權利ハ原權利者ノ權利ヲ基本トシ、其全部又ハ一部ヲ受繼スルモノニ外ナラサルヲ以テ原權利者ノ有セシ權利如何ハ、常ニ物權取得者ノ權利ニ重要ナル關係ヲ有スルモノナリ、何トナレハ、何人ト雖自己ノ有セサル權利ヲ他人ニ讓渡スコト能ハサルハ、法學上ノ原則ナルヲ以テ、物權取得者カ其物權ヲ取得スルニハ、物權ヲ設定移轉シタル原權利者ニ於テ現ニ其權利ヲ有セタルコトヲ前提要件トシ、物權取得者ハ唯原權利者ノ有セシ權利ノ範圍内ニ於テ物權ヲ取得スルニ過キサルヲ以テナリ、物權ノ存立ニハ常ニ必權利ノ主體タル權利者アルコトヲ必要トスルモ、權利者ノ何人タルヤハ、二ノ例外ヲ除キ、物權存立ノ要件ニ非ス、例之、甲或物ノ所有權ヲ有スル場合ニ、其所有權ハ甲ノ歸屬ヲ離レタ乙ニ移轉シ、順次ニ丙、丁ニ移轉スルコトヲ得ヘシ、故ニ所有權ノ繼承取得ニ在テハ、所有權ハ一所有權ヲ離レタ他ノ所有者ニ歸シ、其相互ノ間ニ所有權ノ得喪アルモ、舊所有權消滅シ、新所有權發生スルニ非ス、同一ナル所有權ニ付、權利者ニ更迭ヲ生シタルニ過キサルモノトス、換言スレハ、同一ノ所有權ハ歸屬權利者即チ所有權ノ更迭ニ拘ラス、依然トシテ存続スルモノナリ、他ノ物權ニ付テモ亦然リ、トス、反之、甲ノ所有ニ屬スル物ニ付、乙カ時効ニ因テ所有權ヲ取得シタルトキハ、甲ノ所有權ハ絕對的ニ消滅シ、新ニ別異ナル乙ノ所有權カ發生スルモノナリ、故ニ乙ノ取得時効ハ一見甲、乙間ニ所有權ノ移轉ヲ生シタルモノノ如クナリ、モ

消滅シタル甲ノ所有權ト發生シタル乙ノ所有權トハ全ク別物ニシテ乙ノ所有權ハ甲ノ所有權ノ繼續シタルモノニ非サルヲ以テ甲、乙間ニハ權利ノ承繼移轉ノ關係ナシトス其他ノ原始取得ノ場合皆同シ物權ノ得喪變更ノ原因ハ各物權ヲ論スルニ當リテ各別ニ説明スヘク茲ニハ民法物權編總則ノ規定ニ從ヒ物權ノ得喪變更ニ關スル最重要ナル原則ノミヲ説明スヘシ蓋此等ノ原則ハ其適用ノ範圍極テ廣キヲ以テ總則トシテ之ヲ規定シ之ヲ説明スルヲ必要ナリトシ有益ナリトスルヲ以テナリ即予カ今ヨリ講述セントスルハ第一、物權ノ設定移轉ヲ目的トスル意思表示(即物權の契約)ノ效力第二、物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力第三、物權ノ混同ナリトス

第一款 物權ノ設定移轉ヲ目的トスル意思表示ノ效力

物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因テ其效力ヲ生ス是民法第一七六條ニ規定スル所ニシテ其趣旨當事者ノ一方カ相手方ノ爲ニ物權ヲ設定シ又ハ移轉スルノ意思ヲ表示シ相手方カ權利者トナルノ意思ヲ表示シタルトキハ何等ノ方式ヲモ要セス其意思表示ノミニ相手方ハ直ニ物權ヲ取得スト云フニ在リ例之甲、乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ讓渡スコトラ約シタルトキハ甲、乙間ノ契約ハ直ニ其效力ヲ生シ乙ハ即時ニ家屋ノ所有權ヲ取得スルカ如シ但此原則ハ物又ハ權利カ讓渡人ニ屬スル場合ノミニ適用セラルヘキモノニシテ他人ニ屬スル物又ハ權利ニ關シテ物權ノ設定又ハ移轉ヲ約シタル者ハ相手方ヲシテ其物權ヲ取得セシムルノ債務ヲ負フニ止リ其契約ハ直ニ物權ヲ發生スルコトナシ不特定物ノ讓渡ヲ約スル場合亦同シ

民法第一七六條ハ物權の契約ノ效力ヲ規定シタルモノナリ蓋物權の契約ノ效力ニ關シテハ羅馬法以來

種種ノ主義行レ且方今各國其法制ヲ異ニスル所ナリト雖要スルニ佛蘭西主義ト獨逸主義ト二箇ニ大別スルコトヲ得ヘシ予ハ此點ニ付物權の契約ノ效力ニ關スル沿革、佛蘭西主義、獨逸主義並ニ物權の契約ニ關シテ古來行レタル主義ニ區別シテ説明スヘシ

第一 物權の契約ノ效力ニ關スル沿革 物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因テ效力ヲ生スルモノトセルハ意思表示ノ效力ニ關スル近代ノ法律思想ニ依據シタルモノナリ原始社會ニ在ラハ一般ニ形式ヲ重シタルヨリ所有權ノ移轉ヲ目的トスル法律行為ノ如キモ亦當事者ノ意思表示ノミニ依ラハ未完全ニ其效力ヲ生セス常ニ一定ノ形式ヲ履行スルコトヲ必要トシタリ蓋此時代ニ在ラハ形式ノ履行ハ一ハ當事者ノ意思表示ヲ明瞭ナラシメ一ハ一般ノ人ヲシテ所有權ノ移轉アリタルコトヲ知ラシムルノ目的ニ出テタルモノニシテ羅馬ニ於テハ所有權ハ目的物ノ引渡ニ因リ始テ相手方ニ移轉スヘキモノトシ就中伊太利ニ在ル不動產ニ關シテハ嚴格ナル儀式ノ履行ヲ必要トセリ其後引渡ノ形式ハ漸次簡易トナリ現實ノ引渡ノ外尙假想ノ引渡ヲ認許シタリ例之廣漠ナル地面ノ引渡ニ付ラハ賣主カ高地ヨリ買主ニ之ヲ指示スルノミニテ引渡アリタルモノト看做スカ如シ之ヲ稱シテ長手ノ引渡ト云フ又別ニ手短カノ引渡(簡易ノ引渡)ナルモノアリ例之買主カ既ニ貸借、寄託又ハ其他ノ名義ニテ目的物ヲ占有スルトキハ原則ヨリ云ハハ買主ヨリ其物ヲ賣主ニ返還シ度ニ賣主ヨリ買主ニ引渡スコトヲ必要トスルモ此場合ニ於テハ二重ノ引渡ヲ省略シ賣買契約ノ成立ト同時ニ賣主ヨリ買主ノ引渡アリタルモノト看做スカ如シ又買主カ賣買後其物件ヲ買主ヨリ借用セントスルカ如キ場合ニ於テハ一旦買主ニ物件ヲ引渡シ更ニ買主ヨリ賣主ニ引渡スノ手續ヲ省略シ賣主カ爾後借用名義ニテ其物ヲ占有スルノ意思ヲ表示スルノミヲ以テ二重ノ引渡アリタルモノト看做セリ之ヲ占有ノ改定ト稱ス

之ノ如ク羅馬ニ於テハ所有權ノ移轉ニ付テハ現實ノ引渡又ハ假想ノ引渡ヲ必要トシ引渡アル迄ハ讓渡人ハ依然トシテ其所有權ヲ保有スルヲ以テ更ニ之ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得ヘク第三者其引渡ヲ受ケタルトキハ完全ニ所有權ヲ取得シ前ノ讓受人ハ前所有者ニ對シテ損害賠償ノ權利ヲ有スルニ違キナリキ

所有權ノ移轉ニ關スル羅馬法ノ原則ハ羅馬法ヲ繼受シタル歐洲諸國ノ立法ニ於テ一般ニ採用セラレ就中佛國ニ於テハ所有權ハ引渡ニ因テ移轉スルモノトシ且引渡ニ付テハ現實ノ引渡ト假想ノ引渡ト併セ行レルモ後ニ至リ物ノ讓渡ヲ爲スノ際證書中ニ目的物件ハ讓渡人ノ占有ヲ離脱シテ讓受人ノ占有ニ歸シタル旨ノ一ノ條款ヲ記載シ引渡ノ手續ヲ全然省略スルノ慣習ヲ生スルニ至レリ又不動産ノ讓渡ニ關シテハ佛國ノ北部ニ於テ其引渡ニ付特別ノ慣習行レ當事者ハ相當官吏ノ面前ニ於テ物件ノ占有ヲ移轉スル旨ヲ申告シ之ヲ公簿ニ登錄シ此方式ノ履行ニ因リ所有權ヲ移轉スルコトナセリ是佛國ニ於ル登記法ノ淵源ナリトス獨逸諸邦ニ於テモ亦古來物權ノ移轉ニ付テハ其原因タル法律行為ト方式トヲ具備スルヲ必要トセリ但其方式ニ付テハ區區ニシテ一定セズ普通ニ於テハ羅馬法ニ於ルカ如ク引渡即占有ノ移轉ヲ以テ普通ノ方式トナセルカ其後ニ至リテ土地ニ關スル取引ニ付テハ登記ハ引渡ト同一ノ效力ヲ有スルモノトシ遂ニ不動産ニ關スル物權ノ讓渡ニ付テハ一般ニ登記ヲ以テ必要ノ方式ト爲スニ至レリ

上來説明シタルカ如ク羅馬法以來何レノ國ニ於テモ物權ノ設定移轉ニ付テハ原因タル法律行為ト一定ノ方式トヲ必要トシタルモノナリ羅馬法以來沿革ニ依リシテ今ノ新主義ヲ採用シ物權ハ何等ノ方式ヲ要セス單ニ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ之ヲ設定シ之ヲ移轉スルコトヲ得ヘシト云ヘル原

則テ定メタルハ佛國ニシテ此原則ハ共和八年霜月十一日ノ法律ヲ以テ宣言セラレ更ニ民法ニ於テ確認セラレタルモノナリ而シテ此主義ハ伊太利及獨逸ノ或部分ニ於テ採用セラレ我國ニ於テモ舊民法ニ於テ此主義ヲ採用シ所有權ノ移轉ニ關シテ特ニ此原則ノ適用ヲ示シタルカ現行民法ハ一般ニ物權

第二 佛蘭西主義 此主義ノ基本トスル所ハ當事者ノ意思ニ在リ蓋當事者カ其自由ノ意思ヲ以テ相互

ノ關係ヲ定メタルトキハ其意思ニ從フヘキハ近世ニ於ル民法上ノ原則ナリ故ニ當事者ノ一方カ自己ノ處分權ニ因リ物權ヲ設定シ又ハ移轉スルノ意思ヲ表示シ他ノ一方カ其權利ヲ取得スルノ意思ヲ表示シタルトキハ當事者ノ意思表示ハ直ニ其效力ヲ生シ相手方ハ其權利ヲ取得スヘキヲ當然トス何トナシハ權利ハ本來無形ノモノナルカ故ニ其設定移轉ヲ當事者ノ意思ノミニ察ラシムルハ敢理論ニ抵觸スル所ナレハナリ現ニ債權ハ當事者ノ意思ノミヲ以テ之ヲ創設スルコトヲ得ルハ何人モ疑ハ容レサル所ニシテ此點ニ付物權ト債權トハ區別ヲ設クヘキ理由ナキナリ然レドモ此原則ハ絕對ノニ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ物權ハ直接ニ物ノ上ニ行ル權利ニシテ何人ニモ對抗シ得ヘキカ故ニ若當事者ノ意思ノミニテ物權ヲ設定シ又ハ移轉シ得ヘシトスルトキハ之カ爲メ善意ノ第三者ヲ害シ延テ取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ例之甲乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ讓渡スコトヲ約シタリト假定スルトキハ甲乙間ノ契約ハ直ニ其效力ヲ生シ乙ハ家屋ノ所有權ヲ取得スヘシ乙既ニ其家屋ノ所有權ヲ取得シタル以上ハ何人ニ對シテモ其權利ヲ主張スルヲ得ヘキハ勿論ナリ然レモ其後ニ至リ甲更ニ丙ニ對シ同一ノ家屋ヲ賣渡スコトヲ約シ丙ハ甲乙間ノ讓渡ヲ知ラスシテ家屋ノ代金ヲ支拂ヒ之ヲ買取リ其引渡ヲ受ケタルトセン乙ハ丙ニ對シ其權利ヲ主張シ其取戻ヲ要求スルコトヲ得

ヘキハ勿論ナルニ因リ丙ハ家屋ノ代金ヲ支拂ヒ其引渡ヲ受ケタルニモ拘ラス真正ノ所有者タル乙ヨリ其家屋ヲ回復セラルルニ至ルヘシ但丙ハ甲ニ對シテ賠償ヲ求ムルノ途ナキニ非スト雖其權利ヲ二重ニ讓渡スカ如キ不正ノ徒ハ實力ナキヲ常トスルヲ以テ丙ハ結局損失ヲ免ルルヲ得サルヘシ且物權ノ設定移轉ハ當事者ニ於テ之ヲ認スルコトアリ然ラサルモ之ヲ熟知スルコトハ實際ニ於テ頗困難ナリトス故ニ當事者ノ意思ノミニテ物權ヲ設定又ハ移轉シ得キモトシ何等ノ制限條件ヲ設ケザルニ於テハ奸惡ナル所有者ハ二重者クハ三重ニ物權ヲ讓渡シ善意ナル第三者ヲ欺キ不正ニ金錢ヲ騙取スルノ方便ト爲スヘク何人モ物權ノ設定若クハ移轉ヲ目的トスル所ノ取引ノ危險ナルヲ覺リ容易ニ其取引ニ從事セザルヘシ故ニ此弊害ヲ豫防スルカ爲メ一方ニ於テハ不動產ニ關スル所有權ノ移轉其他物權ノ設定凡テ公簿ニ登記シテ之ヲ公示シ公衆ヲシテ一般ニ不動產ニ關スル權利ノ狀態ヲ熟知セシムル同時ニ物權ノ設定及移轉ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノトシ又他ノ一方ニ於テ動產ノ讓渡ハ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノナリトセリ是ニ於テ物權ノ讓受人ハ不動產ニ關シテハ登記簿ニ依リ目的物タル不動產ノ狀態ヲ熟知シ得ルカ故ニ安全ニ取引ニ從事スルコトヲ得ヘク後日ニ至リ其權利ヲ奪ハルルノ恐ナシ又動產ニ關シテハ讓受人ハ讓渡人カ現ニ其目的物ヲ占有スルヤ否ヤヲ確認シタル上取引ニ從事スヘキヲ以テ其利益ハ充分ニ保護セラルヘシ

要之佛蘭西主義ハ原則トシテ物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ其效力ヲ生スルモノトシ唯第三者トノ關係ニ於テハ登記又ハ引渡ノ手續ヲ爲ササルトキハ之ヲ對抗スルコト能ハサルモノトナセリ此原則ハ上來説明セルカ如ク當事者ノ意思表示ヲ重スル近代ノ思想ニ基キタルモノナレ

トモ學理上及實際上ヨリ種種ノ批難ヲ免ルルコト能ハス即(第一)物權ハ物ノ上ニ行ルル支配權ナレハ之カ成立ト同時ニ何人ニ對シテモ此支配權ヲ對抗シ得ヘキ效力ヲ具有セザルヘカラス然ルニ今若物權ハ其成立ノ要素ニ非サル或行為(登記又ハ引渡)ニ因リ始ラ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトセンカ物權ハ其本質タル絕對の效力ヲ生セザルヲ以テ名アリテ殆其實ナキニ至ルヘシ是物權ノ本質ヲ毀損スルモノニ非スシテ何ソヤト此批難ハ學理上ノ批難トシテ實ニ正當ナリ蓋物權ハ凡テノ人ニ對抗シ得ヘキ權利アレハ其成立ト同時ニ此效力ヲ有セザルヘカラス而シテ當事者ノ意思ノミニテハ如此絕對の效力ヲ有スル權利ヲ創設シ得ヘカラストセハ當事者ノ意思ハ到底物權ヲ成立セシムル力ナキモノト論結セザルヘカラス故ニ此主義ハ物權ノ本質ニ關スル學理ヲ犧牲ニ供シタルモノナルコトハ爭フヘカラサルナリ(第二)此主義ニ依ルトキハ重複ノ物權ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ物權ノ讓渡アリタル場合ニ讓受人ト讓渡人トノ間ニ於テハ讓受人ハ常ニ權利者ナレトモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ登記又ハ引渡ノ結了スル迄ハ讓渡人ハ依然トシテ權利ヲ保有シ第三者ハ有效ニ其權利ヲ讓受タルコトヲ得ヘケレハナリ而シテ重複ノ物權ハ實際ニ於テ往々混雜ヲ來シ困難ナル問題ヲ生スヘシトは實際上ノ批難ニシテ佛蘭西主義ニ此缺點アルコトモ亦爭フヘカラサルナリ

第三 獨逸主義 獨逸主義ハ我民法其他佛蘭西系ノ立法主義ト異リ物權ノ設定及移轉ニ關シテハ當事者ノ意思表示ノ外不動產ニ付テハ登記、動產ニ付テハ引渡ヲスルニ非サレハ其效力ヲ生セザルモノトナセリ故ニ此主義ニ依ルトキハ當事者カ物權ヲ設定又ハ移轉スルノ意思ヲ表示シタルトキハ此意思表示ハ單ニ當事者ノ一方ヲシテ登記又ハ引渡ニ因リ他ノ一方ニ物權ヲ取得セシムルノ債務關係ヲ創設スルニ止リ直ニ物權ヲ生セザルモノトス是原始社會ニ於ル如ク徒ニ方式ヲ重スルノ精神ニ出

ヲタルモノニ非スシテ別ニ理由アリテ存スルモノナリ(第二)物權ノ設定及移轉ニ付登記又ハ引渡ヲ必要トスルハ獨逸ノ大部分ニ於ル古來ノ慣習ニシテ此制度ヲ維持スルハ一沿革上ノ理由ニ基クモノナリ(第二)此沿革上ノ理由アルノミナラス尙學理上及實際上ヨリモ此主義ノ正當ナルコトヲ主張シ得ヘシ蓋物權ハ既ニ説明シタルカ如ク絕對の權利ナルカ故ニ其成立ト同時ニ此性質ヲ有セザルハカラス又他ノ一方ニ於テ物權ノ設定及移轉ハ第三者ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及スヲ以テ第三者ノ利益ヲ保護シ物權ニ關スル取引ヲ安全ナラシムルノ必要アリ而シテ此二箇ノ要件ヲ充タスカ爲ニハ始ヨリ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ設定及移轉ノ要素トナスヲ必要トス斯クスルニ於テハ意思主義ニ於ルカ如ク物權ノ本質ヲ傷クルノ虞ナク又方式主義ニ於ルカ如ク充分ニ第三者ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ヘシ加之此主義ハ物權ヲ統一スルノ利アリテ實際ノ適用モ亦頗簡便ナリトス獨逸主義ノ根據トスル所ハ實ニ此點ニ在リ

第四 物權の契約ノ效力ニ關シ古來行レタル主義 物權ノ得喪變更ヲ目的トスル契約ノ效力ニ關シテ古來行レタル種種ノ主義ニ付茲ニ一言セントス此主義ヲ大別スルトキハ意思主義及方式主義ノ二ト爲スコトヲ得

一 意思主義 此主義ハ物權ノ得喪變更ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生スルモノトスルモノニシテ更ニ二箇ニ類別スルコトヲ得ヘシ

甲 絕對主義 此主義ニ依ルトキハ物權ノ得喪變更ハ何等ノ方式ヲ要セス單ニ當事者ノ意思表示ノミニテ總テノ人ニ對シテ其效ヲ生スルモノトス但絕對のニ此主義ヲ採用シタル國ナシ唯佛國ニ於テ千八百五十五年ノ登記法發布前殆十年前間不動產ニ關スル或種類ノ法律行為ニ一部分行レ

タルコトアリ然レトモ前既ニ説明シタルカ如キ弊害ヲ生シ終ニ前記登記法ノ發布ヲ促スニ至レリ

乙 折衷主義 是所謂佛蘭西主義ニシテ物權ノ得喪變更ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ其效ヲ生スルヲ原則トシ唯第三者トノ關係ニ於テノミ或方式ヲ履行スルコトヲ必要トスルモノナリ但其方式ハ不動產ニ關シテハ登記ヲ必要トシ動產ニ關シテハ引渡ヲ必要トス此主義ハ既ニ説明セルカ如ク佛國法系ノ國ニ於テ行ル所ナリ

二 方式主義 此主義ハ物權ノ得喪變更ハ或方式ヲ履行スルニ非サレハ其效ヲ生セストスルモノニシテ古代ノ法律及現今佛國法系以外ノ諸國ニ於テ一般ニ行ル所ナリ此主義ニモ亦數種アリ甲 引渡主義 此主義ハ物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ノ外物ヲ引渡アルニ非サレハ其效ヲ生セザルモノトスルモノニシテ羅馬法其他諸國ノ古代法ニ於テ動產不動產ノ別ナク一般ニ行レタリ但不動產ニ關シテハ現今此主義ヲ採用スル國ナシ動產ニ關シテハ方式主義ヲ採用スル國ニ於テハ一般ニ此主義ニ依ル所アリ

乙 登記主義 此主義ハ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件トスルモノニシテ方式主義ヲ採用スル國ニ於テ不動產ニ關シテ一般ニ行ル所ナリ

丙 默認主義 此主義ハ物權ノ得喪變更ヲ目的トスル法律行為アル毎ニ之ヲ公示シ利害關係人ニ對シ一定ノ期間内ニ故障ヲ申出ツヘキ旨ヲ催告シ若其期間内ニ何等ノ申出ナキハ物權ノ得喪變更ハ利害關係人ニ於テ默認シタルモノト認メ其效ヲ生セシムルモノナリ此主義ハ獨逸ノ或國ニ於テ行レタルモノナレトモ到底善良ノ制度ナリト云フコトヲ得ス其理由ハ(第一)正當ナル

權利者ハ公示催告ノ手續ニ依リ其權利ヲ奪ハルノ恐れアルヲ以テ常ニ警戒ヲ加ヘサルヲ得ス
(第二)公示催告ノ手續ハ簡易ナラサルニ因リ何人モ不動産ニ關スル取引ヲ躊躇シ爲ニ其取引ヲ
阻害スルノ結果ヲ生スヘキヲ以テナリ近世ニ於テハ不動産ニ關シテ萬已ムヲ得サル例外ノ場合
ニ限リ此制度ヲ採用スル國アリ

物權ノ得喪變更ニ付テハ古來種種ノ主義行レタレトモ方今採用シ得ヘキモノハ前ニ述ヘタル佛蘭西主
義ト獨逸主義ノ外ニ出テサルヘシ而シテ社會現今ノ狀態ヲ觀察スルニ獨逸主義ノ根據トスル所ノ物權
ノ本質ニ關スル思想ト佛蘭西主義ノ根據トスル所ノ自由意思ノ觀念トハ物權ノ得喪變更ニ關スル制度
ニ於テ之ヲ併立セシムルコトヲ得ス如何ナル制度ヲ採用スルモ何レカ其一ヲ犧牲ニ供セサルヘカラス
要ハ國情ニ最適切ナル制度ヲ採用スルニ在リ我國從來ノ制度ハ專佛蘭西主義ニ則リ實際ノ取引モ亦此主
義ニ依リ來リタルヲ以テ現行民法ハ舊民法ト等ク從來ノ制ヲ變更セザリシモノナリ但何レノ主義ヲ採
用スルモ其結果ハ殆同一ニ歸著スヘシ何トナレハ我民法ハ意思主義ニ基キ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ
得喪變更ノ要件ト爲ササルモ此手續ヲ等閑ニ付スルニ於テハ第三者ノ爲ニ其權利ヲ奪ハルノ危險アル
ヲ以テ利害關係人ハ單ニ意思表示ノ效力ノミニ依頼スルコトナク速ニ登記又ハ引渡ノ手續ヲ結了ス
ルコトニ注意スヘシ是ニ於テ實際ノ取引ニ於テハ登記又ハ引渡ハ恰モ物權ノ得喪變更ノ要件タルカ如
ク重視セラルルニ至ルヘキヲ以テナリ予ハ今ヨリ第三者ニ對スル關係上ヨリ物權ノ得喪變更ノ效力ヲ
説明スヘシ

第二款 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對ス

ル效力

民法第一七七條ニ曰ク物權ノ得喪及變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ
第三者ニ對抗スルコトヲ得スト此規定ニ依ルトキハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ縱令原則上ニ於
テハ其效力ヲ生スルモ之ヲ第三者ニ對抗スルニハ常ニ必登記手續ヲ爲スコトヲ要シ此手續ヲ爲ササル間
ハ第三者ニ對シテハ之ヲ主張スルコト能ハサルヤ明ナリ例之甲乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ讓渡スコトヲ
約スルトキハ其契約ハ直ニ效力ヲ生シ家屋ノ所有權ハ甲ヨリ乙ニ移轉スルコトハ前段ニ説明セル如シ
然レトモ乙所有權移轉ノ登記ヲ爲スコトヲ怠リタル場合ニ丙者更ニ甲ヨリ同一ノ家屋ヲ買取リタルト
キハ乙ハ一旦所有權ヲ得タルニモ拘ラス丙ニ對シテ所有者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス又甲カ
其家屋ヲ乙ニ對スル貸金ノ抵當ニ供シタルニ乙之ヲ登記セサル間ニ甲其家屋ヲ丙ニ讓渡シタルトキハ
乙ノ抵當權ハ之ヲ丙ニ對抗スルコト能ハサルカ如シ

民法第一七七條ノ規定ハ其關係稍複雑セルヲ以テ充分ニ之ヲ了解セシメシニハ少シク説明ヲ要ス例之
第三者ト關係上登記ヲ必要トスル物權ノ得喪變更トハ何ヲ云フヤ第三者トハ如何ナル人ヲ指シヤ物
權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ如何ナル場合ニ於テモ第三者ニ對抗スルコト能ハサルヤ問題
ヲ生スヘシ予ハ第一七七條ノ意義ヲ明確ナラシムルカ爲メ第一、物權ノ得喪變更第二、第三者第三、第
三者ニ對スル物權ノ得喪變更ノ效力ノ各項ニ分テ説明シ最後ニ不動産ノ登記ニ付一言スヘシ

第一項 物權ノ得喪及變更

此點ニ付登記ヲ要スル物權ノ種類ノ登記ヲ要スル事項ト二分テ説明セン

甲 登記ヲ要スル物權ノ種類

登記ヲ要スル物權ハ一、所有權二、地上權三、永小作權四、地役權五、先取特權六、不動產質權七、抵當權トス(登一條)

以上七種ノ物權ノ得喪變更ハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲ニハ登記ヲ爲スコトヲ必要トス
是他ナシ此等ノ權利ハ權利者ニ於テ現實ニ物ヲ占有スルト否トニ拘ラス存立スルモノナレハ登記ヲ以テ之ヲ公示スルニ非サレハ其所在ヲ認ムルコト能ハサレハナリ反之占有權ト留置權トハ等ク物權ナレトモ其權利ノ性質上登記ヲ必要トセス何ナレハ占有權ト云ヒ留置權ト云ヒ皆權利ノ目的タル物ヲ現實ニ占有スルヨリ生スル權利ニシテ占有ヲ離レテ此權利ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス隨テ第三者ハ占有ニ因リ權利ノ所在ヲ認知シ得ヘキカ故ニ登記ヲ以テ之ヲ公示スルノ必要ナケレハナリ又入會權ハ我民法ニ於テ認テラルル慣習上ノ物權ナルモ登記法ハ之ヲ登記スヘキ物權中ニ掲ケサリシヲ以テ其得喪ハ之ヲ登記スルニ由ナシ隨テ入會權ニ付テハ權利ノ得喪ハ之ヲ第三者ニ對抗スル爲メ登記ノ手續ヲ爲スコトヲ要セザルモノト斷定セザルヲ得ス然レトモ立法上ヨリ論スルトキハ入會權ニ付テモ亦登記手續ヲ爲スノ必要アリ登記法ニ之ヲ掲載セサリシハ恐ラクハ之ヲ遺脱シタルモノナルヘク立法上ノ缺點タルヲ免レス

乙 登記ヲ要スル事項

即物權ノ得喪變更ニシテ物權ノ取得、喪失其他物權ノ移動ニ關スル一切ノ事項ナリ今之ヲ細別スルトキハ左ノ如シ

一 物權ノ設定、物權取得ノ一方法ニシテ當事者ノ意思表示ヲ以テ所有權以外ノ物權ヲ新設スル場合云フ

二 物權ノ移轉、即既ニ存在セル物權ニ付單ニ權利者ニ變更ヲ生スル場合ニシテ同時ニ物權ノ喪失ト物權ノ取得トヲ生スルモノナリ所有權其他ノ物權ノ讓渡ハ此種類ニ屬ス

三 物權ノ變更、物權ノ目的、範圍、體様、存續期間等ニ變更ヲ生シタル場合ニシテ例之抵當權ノ目的タル不動產ノ擔保スル債權ニ増減ヲ來シ地役ノ行ルル方法ニ關シテ變動ヲ生シ若クハ地上權、永小作權ノ期間ヲ延長シ又ハ短縮シタル場合ハ變更ノ部類ニ屬スルモノトス

四 處分ノ制限、即物權ノ處分ヲ禁スルノ謂ニシテ裁判所ノ命令ニ基ク處分ノ制限(假差押、假處分等ノ如シ)ハ此部類ニ入ル相續ノ限定承認ノ場合ニ於ル財產ノ分離モ亦然リ蓋限定承認ニ在テハ相續人ハ相續債權者トノ關係上自己ノ利益ノ爲ニ相續財產ヲ處分スルコト能ハサルモノナレハナリ(一〇四五條)

五 物權ノ消滅、ハ意思表示ヨリ生スルコトアリ拋棄ノ如シ其他質權、抵當權、先取特權ハ主たる債權ノ消滅ト同時ニ消滅シ地上權、永小作權ハ存續期間ノ滿了ニ因テ消滅ス又物權ハ一般ニ目的タル不動產ノ滅失ニ因テ消滅シ所有權モ亦第三者ノ取得時効ニ因テ消滅ス

六 物權ノ保存、所有者カ未登記ヲ經サル自己ノ所有權ヲ登記シ先取特權者カ其權利ヲ取得スルト同時ニ之カ登記ヲ爲スノ類ナリ

以上列舉シタル得喪變更ハ其效ヲ生スルト同時ニ登記法ニ定ムル手續ニ從ヒ當事者ノ承諾又ハ其承諾ニ代ルヘキ判決ニ基キカ登記ヲ爲スヲ原則トス換言セハ物權ノ得喪變更ニ付確定ノ登記ヲ爲ス

ニハ第一、物權ノ得喪變更カ現ニ其効ヲ生シタルコト第二、當事者ノ承諾又ハ其承諾ニ代ルヘキ判決アルコトヲ必要トス然レトモ右ノ要件ヲ具備セサル場合ニ於テモ登記法ハ利害關係人ニ許スニ假ニ之カ登記ヲ爲シ其權利ヲ保全スルコトヲ以テス假登記ト稱スルモノ即是ナリ此假登記ハ後ニ至リ利害關係人ヨリ要件ノ具備ヲ俟テ確定ノ登記ヲ爲ストキハ物權ノ得喪變更ハ第三者トノ關係上假登記ハ日ニ遡リテ其効ヲ生スルモノトス例之甲乙ニ其所有ノ家屋ヲ讓渡シ一箇年ノ後其所有權ヲ移轉スヘキコトヲ約シタリト假定センニ乙ハ此約束ニ因リ直ニ所有權ヲ取得セス換言スレバ此約束ハ直ニ權利ノ移轉ヲ生セサルモノニシテ乙ハ唯甲ニ對シ所有權ヲ移付セシムヘキ請求權ヲ有スルニ過キス然レトモ登記法ハ乙ヲシテ假ニ其請求權ヲ登記スルコトヲ得セシム故ニ乙ノ權利ハ登記ヲ爲スト同時ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ又甲乙ヨリ其家屋ヲ買取り所有權ヲ取得シタル場合ニ乙甲ノ請求ニ應ジ登記手續ヲ爲ササルトキハ甲ハ乙ニ拘ラス假登記ヲ申請シテ其權利ヲ保全スルコトヲ得ヘシ

不動産上ノ物權ノ得喪變更ヲ生スル原因ハ其種類極テ多シ其最重要ナルモノヲ當事者間ノ意思表示トス右ノ外所有權ノ移轉ハ行政處分ヨリ生スルコトアリ土地收用ノ如シ或ハ裁判所其他ノ官廳ノ競賣處分ニ基因スルコトアリ先取特權ハ特殊ノ債權ヨリ生シ抵當權ハ時アリテ裁判ヨリ生ス(八〇三條)其他遺言、相續、時効、添付ノ如キモ亦不動産上ノ物權得喪ノ原因トナルヘク不動産ノ有形の滅盡及變更ハ其上ニ存スル物權ノ消滅又ハ變更ヲ來セモノトス又他ノ一方ニ於テ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ當事者間ノ權利關係ニ由來スルモノト然ラサルモノトヲ區別スルコトヲ得ヘシ法律行為ニ基ク物權ノ得喪變更ハ凡テ第一種ニ屬シ其時効添付ヨリ生スルモノ及不動産ノ滅失變形ヨリ生スルモノハ第二種

ニ屬ス而シテ第三者トノ關係上登記ヲ必要トスルモノ第一種ノ得喪變更ナリトス當事者間ノ意思表示ヨリ生スル物權ノ得喪變更ハ第三者トノ關係ニ於テ登記ヲ必要トスルコトハ多辯ヲ要セスシテ明ナリ民法ハ其第二七六條ニ於テ物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其効ヲ生スト規定シ直ニ第一七七條ニ於テ物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定セルカ故ニ第一七七條ノ規定ハ正ニ意思表示ニ因ル物權ノ得喪變更ニ適用セルルヘキモノト解釋スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ然レトモ第三者トノ關係ニ於テ登記ヲ必要トスルモノハ此種ノ得喪變更ニ限ルモノト解スヘカラス物權ノ得喪變更カ直接ニ當事者ノ意思表示ニ緣由セサルモノハ當事者間ノ權利關係ニ起因スルトキ即原權利者ト取得者トノ間ニ權利承繼ノ關係アルトキハ第三者ノ利益ヲ保護スルカ爲メ之カ登記ヲ爲スコトヲ必要トス何トナレハ總テ此等ノ場合ニ於テハ第三者ハ原權利者ト權利承繼者トノ間ニ於テ物權ノ得喪變更アリタルコトヲ知ラスシテ其不動産ニ關スル取引ヲ爲シ損失ヲ被ムルノ危險アルヲ以テ登記ニ依テ不動産ニ關スル權利關係ヲ知ラシムルノ必要アルヲ以テナリ死亡ニ因ル相續ハ家督相續ト遺產相續トヲ論セス登記ノ必要ナキモノトス何トナレハ相續ノ場合ニ於テハ相續人ハ被相續人ノ人格ヲ其儘ニ繼承スルモノニシテ法律上同一人ト看做サルルニ依リ被相續人ノ死亡ト同時ニ被相續人ノ一切ノ權利ハ相續人ノ權利トナリ且第三者ハ最早被相續人ト取引ヲ爲スコトナキカ故ニ登記ノ有無ハ毫モ其利害ニ影響ヲ及スコトナキヲ以テナリ隱居、相續ノ場合ニ於テモ亦相續人カ被相續人ノ權利ヲ當然承繼スルコトハ死亡相續ノ場合ト異ルコトナシ然レトモ其死亡相續ト異ル點ハ被相續人ハ尙生存シテ法律行為ヲ爲スコトヲ得ルニ在リ是ニ於テ相續人ノ權利ト相續後ニ至リ隱居者ト取引シタル第三者ノ權利ト低價スル結果ヲ生スルコトアルヘシ故ニ此場合ニ於テモ第三者

權利ノ保護スルニ爲メ相續人ヲシテ權利ノ移轉ヲ登記セシムルノ必要アリトス何トナレハ第三者ハ權利移轉ノ登記アル迄ハ隱居者ヲ以テ正當ノ權利者ト信シ其權利ニ關シテ隱居者ト取引ヲ爲スヘケレハナリ蓋シテ權利ノ移轉ニ關シテハ舊民法ハ登記ノ義務ヲ免除シタリ其理由トスル所ハ受遺者ハ多ク遺言ニ因ル物權ノ移轉ニ關シテハ舊民法ハ登記ノ義務ヲ免除シタリ其理由トスル所ハ受遺者ハ多ク場合ニ於テ遺言ノ存在ヲ知ラサルカ爲メ速ニ登記手續ヲ爲スコト能ハサルヘシ又他ノ一方ニ於テ相續人ハ遺言ヲ隱蔽シ遺言ノ目的タル權利ヲ第三者ニ讓渡スノ恐レアリト云フニ在リ然レトモ此場合ニ於テモ第三者ノ利益ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ一般ノ原則ニ從ヒ權利ノ移轉ヲ登記セシムルヲ必要トス

不動産上物權ノ原始取得ハ取得ハ始ヨリ絕對的ニ其效力ヲ生シ何人ニ對シテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘ蓋民法第一七七條ハ「物權ノ得喪變更」ト前提シ一見物權ノ得喪變更ハ其何タルヲ論セス總テ登記ヲ必要トスルモノノ如シト雖同條ニ「第三者ニ對抗スルコトヲ得」トアルヲ以テ當事者アル場合即特定セラルト人トノ間ニ於テ物權ノ得喪アリテ其中ノ一人カ他ノ一人ノ權利ノ全部又ハ一部ヲ繼承スル場合ヲ豫想シタルモノト解釋セサルヘカラス然ルニ原始取得ニ在テハ當事者ト稱スヘキモノナク又權利繼承ノ關係ナケレハ民法第一七七條ノ規定中ニ包含セラレサルコト明ナリ且不動産上ノ物權ノ原始取得ハ物ノ附合ニ繼シタル占有等ヨリ生シ登記有無ニ因リ其效力ヲ異ニスヘキ性質ノモノニ非ス故ニ原始取得ニ關シテハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル權利主張ノ條件ト爲スコトヲ得ス

時効ニ因テ物權ヲ取得シタル者ハ他人ノ權利ヲ繼承スルニ非スシテ新ニ物權ヲ取得スルモノナルカ故ニ時効ニ因ル取得ハ原始取得ノ一種タルコト明ナリ而シテ時効ノ取得者カ登記簿上ノ名義人ナルトキ

ハ何等ノ困難ヲ生スルコトナシト雖若取得者カ登記名義人ニ非サルトキハ其權利ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メ登記ヲ必要トスルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ舊民法ニ於テハ時効ニ因ル取得ハ之ヲ登記スルコトヲ必要トセザリシモノナリ現行民法ニハ明文ナキモ解釋上同一結果ニ歸著スルモノト信ス其理由ハ

(第一)民法第一七七條ニ「第三者トアル以上ハ其所謂得喪變更ハ當事者間ノ權利關係ヨリ生シタルモノヲ意味スルモノト解釋スルヲ得」ヘタ而シテ取得時効ハ當事者間ノ權利關係ヨリ生シタルモノニ非スシテ占有ノ事實ヨリ生スルモノナレハ同條ノ規定ハ時効ニ因ル取得ニ適用スヘカサルモノトス(第二)占有者ハ常ニ登記面ノ權利者ニ對シテ其取得時効ヲ完了シ得ヘキカ故ニ時効完了前登記面ノ權利者ニ變更ヲ生スルモノカ爲メ占有者ノ時効ニ因ル取得ヲ妨クルコトナシ果シテ然ラバ占有者ノ權利ハ時効完了後ニ於テモ登記ニ拘ラス存立スヘキモノト云ハサルヲ得ス時効完了ノ前後ニ因リ區別ヲ設クルノ理由ナシトス(第三)取得時効ノ要件ハ繼續セル公然ノ占有ニアルヲ以テ之ヲ認識スルコト容易ナルニ因リ其自體ニ於テ第三者ニ對スル公示ノ要件ヲ具備シ登記ヲ以テ之ヲ公示スルノ必要ナシトス

終ニ一言スヘキハ物權ノ目的タル不動産ノ有形的ノ滅失、變更ヨリ生スル物權ノ消滅、變更ハ第一七七條ノ規定外ニ屬シ絕對的ニ其效力ヲ生スルモノニシテ敢登記ヲ必要トナササルコト是ナリ

第二項 第三者

物權ノ得喪變更ニ關スル第三者ノ意義ヲ示シ先テ當事者、承繼人及第三者ノ區別ニ付一言セシム一當事者、當事者トハ自身又ハ其代理人ニ依リ或法律行為ニ干與シタル者ヲ云フ例之甲乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ賣却スルコトヲ約シタルトキハ甲ト乙トハ其契約ノ當事者ナルカ如シ

二 承繼人 承繼人トハ他人ノ權利ヲ繼承スル者ヲ云フ前例ニ於テ家屋ノ所有權ニ關シテ乙ハ甲ノ承繼人ナリ又乙更ニ其家屋ヲ丙ニ賣渡シ丙又丁ニ賣渡シタルトキハ甲乙丙丁間ニ權利承繼ノ關係アリ乙丙丁ハ各其前者ノ承繼人ナリ承繼人ニ二種アリ一ヲ一般承繼人ト云ヒ一ヲ特定承繼人ト云フ一般承繼人トハ其先人ノ屬スル權利義務ヲ包括的ニ繼承スル者ヲ云フ相續人ハ先人ノ死亡ニ因ル家督相續タルト隱居ニ因ル家督相續タルト又遺產相續タルトニ論ナク凡テ一般ノ承繼人ナリ而シテ相續人ハ其先人即被相續人ノ人格ヲ繼承スル者ニシテ法律上同一人タルカ如ク看做サルモノナリ特定ノ承繼人トハ特定ノ權利ニ關シテ其先人ノ地位ヲ繼承スル者ヲ云フ即前例ニ於ル乙丙丁ノ如ク何トナレハ乙丙丁ハ唯其讓受タル家屋ノ所有權ニ關シテ前者ノ地位ヲ繼承スルニ過キサレハナリ物ノ買主受贈者交換者特定物ノ受遺者ノ如キハ凡テ特定承繼人ナリトス

一般承繼人ハ其先人ノ人格ヲ繼承スルヲ以テ先人カ其權利ヲ擴張シタルトキハ此擴張ハ承繼人ヲ利シ先人カ其權利ヲ減縮シタルトキハ此減縮ハ承繼人ヲ害ス蓋一般承繼人ハ法律上先人ト同一人タルカ如ク看做サルニ因リ權利ノ得喪ニ關シテ先人ノ爲シタル一切ノ行為カ相續人ニ其效力ヲ及スコトハ相續人カ自身ニ其行為ヲ爲シタルトモ異ルコトナキナリ特定承繼人ノ地位モ亦之ニ同シ但特定承繼人ハ其先人ノ爲シタル行為ヨリ生スル一切ノ結果ヲ承繼スルモノニ非スシテ唯其讓受ケタル特定ノ權利ニ關シ讓受當時ノ狀態ニテ讓渡人即先人ノ地位ヲ繼承スルニ過キス故ニ其權利ニ關シテ讓渡以前ニ先人ノ爲シタル一切ノ行為ハ承繼人ニ於テ之ヲ甘受セサルヘカラス換言セハ讓渡前ニ生シタル權利ノ得喪變更ハ承繼人ニ對シテ其效力ヲ生スヘシ然レトモ先人カ讓渡後ニ爲シタル行為ハ毫モ承繼人ノ權利ニ影響ヲ及スコトナシ例之甲其家屋ノ所有權ヲ乙ニ讓渡シタル場合ニ甲既ニ丙ニ對

シ其家屋ヲ抵當ニ供シタルトキハ甲ノ承繼人トシテ甲ノ有セシモノヨリ大ナル權利ヲ取得スルコトヲ得タルニ因リ乙ハ讓受ノ當時甲ノ有セシ權利即抵當權ヲ負擔シタル家屋ノ所有權ヲ取得スルニ過キサルモノトス反之中カ讓渡後其家屋ヲ丁ノ債權ノ抵當ニ供シタルモノト假定スルトキハ甲丁間ノ抵當權設定ノ行為ハ乙ニ對シテ何等ノ效力ヲ生スルコトナレハ甲丁間ノ契約ハ其契約ノ當事者ニ非ス又其一方ノ承繼人ニ非サル乙ノ權利ニ影響及スノ理ナクレハナリ此點ニ關シテハ隱居相續ノ場合ニ於ル相續人ノ地位ハ特定承繼人ノ地位ト同一ナリ即相續人ハ隱居ノ當時ニ於ル狀態ヲ以テ隱居者ノ地位ヲ繼承スルモノナルカ故ニ隱居者カ權利ノ得喪ニ關シテ隱居前ニ爲シタル一切ノ行為ハ相續人ノ利益ニ於テ其效力ヲ生スヘシト雖隱居後ニ於テ隱居者ノ爲シタル行為ハ毫モ相續人ノ權利ニ利害ヲ及ササルモノナリトス

三 第三者 第三者ニハ廣狹二様ノ意義アリ狹義ノ第三者ハ當事者又ハ當事者一方ノ承繼人ニ非ナルモノヲ云フ例之甲乙ニ對シ其家屋ヲ抵當トシテ更ニ之ヲ丙ニ賣渡シタルト假定セシムニ茲ニ各獨立セル二箇ノ法律行為アルコト明ナリ今抵當權設定ノ行為ヲ基本トシテ觀察スルトキハ當事者ハ甲乙ニシテ此行為ニ對スル丙ノ地位ハ承繼人ノ地位ナリ第三者ノ地位ニ非ス何トナレハ丙ハ當事者ノ一人タル甲ノ權利ヲ承繼スルモノナレハ賣買前其家屋ニ關シテ爲シタル甲乙間ノ契約ハ丙ノ權利ニ影響ヲ及スヘキヲ以テナリ又家屋ノ所有權移轉ヲ基本トシテ觀察スルトキハ甲丙ハ當事者ニシテ乙ハ第三者ナリ何トナレハ乙ハ抵當權設定後ニ爲シタル甲丙間ノ契約ニ何等ノ關係ヲ生ス從テ其契約ハ乙ノ權利ニ消長ヲ來ササルヲ以テナリ要スルニ或法律行為ニ付當事者以外ノ者カ第三者タルヤ否ハ其法律行為ヨリ生スル權利關係カ當事者一方ノ權利承繼ノ關係上ヨリ其者ノ權利ニ影響ヲ及スヤ

否ニ因テ定ムルハキモノトス。第三者ハ其ノ一。第三者ナル語ヲ廣義ニ解スルトキハ當事者及其一般承繼人以外ノ人ヲ意味ス。故ニ前例ニ於テ乙ハ甲丙間ノ賣買ニ關シテ第三者タルノミナラス丙モ亦甲乙間ノ抵當權設定ノ行為ニ關シテ等ク第三者ナリトス。民法第一七七條ニ所謂第三者ハ即廣義ノ第三者ナリ。故ニ物權ノ得喪變更ハ當事者及其承繼人ノ間ニ於テハ當然其效力生ズルモ其以外ノ人ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルニハ登記ヲ必要トスルモノナリ。例之甲其家屋ヲ乙ニ賣渡シタリト假定スルトキハ甲乙及其各自ノ相繼人ハ第三者ニ非ス。從テ其相互ノ關係ニ於テハ所有權ノ移轉ハ絕對的ニ其效力生シ之ヲ爲メ登記手續ヲ履行スルコトヲ必要トセス。故ニ乙ハ甲及其相繼人ニ對シテ登記ノ有無ニ拘ラス其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキ。又ハ其相繼人カ更ニ其家屋ノ所有權ヲ丙ニ賣渡シタルトキハ他人ノ所有權ヲ冒認シタルモノトナリ。刑法ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス但相繼人カ所有權移轉ノ事實ヲ知ラザリシトキハ刑事上ノ責任ナシト雖不法行為ヨリ生ズル賠償ノ責ヲ辭スルコトヲ得サルヘシ。反之丙ハ第三者ナルヲ以テ乙ハ登記ヲ爲シタル上ニ非サレハ丙ニ對シテ其所有權ヲ主張スルコトヲ得ス。茲ニ一言スヘキハ登記ノ必要ハ主トシテ物權ノ得喪變更カ第三者ノ權利ト抵觸スル場合又ハ少シクモ第三者カ不動產上ニ或權利ヲ取得シ物權ノ得喪ニ付利害ノ關係ヲ有スル場合ニ於テ生ズルモノニシテ物權ノ得喪變更カ第三者ノ權利ト兩立シ得ヘキトキ又ハ第三者カ目的物ニ付何等ノ權利ヲ有セザルトキハ登記ハ其必要ナキモノト論スルコトヲ得ヘシ。例之甲乙ノ爲ニ其地所ノ地上權又ハ抵當權ヲ設定シタル後更ニ地上權又ハ抵當權ヲ負擔シタル所有權ヲ丙ニ讓渡シタルトキ又ハ丙ハ單純ナル占有者ナルトキハ其相互ノ間ニ於テ登記ヲ爲スニ必要ナキモノノ如シ。然レトモ民法ハ單純

第三項 物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力

上來説明スル所ニ從ヒ民法第一七七條ニ云フ所ノ第三者トハ何者タルヤヲ知ルヲ得ヘシ。予ハ今ヨリ一般ニ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力ニ付説明スヘシ。一 物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ス。不動產上物權ノ得喪變更ハ第三者即當事者及其一般承繼人以外ノ人ニ對シテハ登記ニ依リ始テ之ヲ對抗シ得ヘキモノナルコトハ既ニ説明シタル所ニ因テ明ナリ而シテ第三者カ其不動產ニ付或權利ヲ讓受ケタルモノナリヤ否ヤ第三者カ自ラ其權利ヲ登記シタルヤ否ヤハ此原則ノ適用上ニ毫モ影響ヲ及スコトナシ。例之甲乙ニ其地所ヲ賣渡シタル後更ニ同一地所ヲ丙ニ賣渡シタルト假定シタルトキ乙丙共ニ登記ヲ爲ササル場合ニ乙ハ其權利ヲ丙ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス。然レトモ丙ハ其權利ヲ乙ニ對抗シ得ヘキカ如シト雖乙モ亦甲丙間ノ所有權移轉トノ關係上第三者ノ地位ニ立ツモノナレハ丙モ亦其權利ヲ登記スルニ非サレハ第三者タル乙ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス。物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得サルコトハ前述ノ如シ。然ラハ第三者カ物權ノ得喪變更ヲ是認シテ自己ノ利益ノ爲ニ主張スルコトハ妨ケナキヤ否ヤ例之甲乙ニ其家屋ノ所有權ヲ讓渡シテ登記ヲ爲ササル前ニ於テ其家屋カ丙ノ占有ニ歸シタリト假定センニ丙

ハ乙ヨリノ家屋引渡ノ請求ニ對シ乙ノ所有權ヲ否認スルノ權利ヲ有スルハ明ナリ此場合ニ於テ丙ハ甲ヨリノ家屋引渡ノ請求ニ對シ甲乙間ノ所有權移轉ヲ認メ而モ乙ノ所有權ヲ否認スルコトヲ得ヘキヤ民法第一七七條ニハ之ヲ以テ第三者ノ對抗スルコトヲ得ストト在テ其所謂「對抗スルコトヲ得ス」トハ第三者ノ利益ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得タルノ意ナルハ文理上毫モ疑ヲ容レタル所ナリ果シテ然ラハ此規定ノ反面ニ於テ第三者カ自己ノ利益ニ於テ之ヲ主張スルハ妨ケナシトノ意味ヲ含著スルモノト云ハサルヲ得ス若夫第一七七條ノ趣旨ニシテ如此ナリトセシカ實際ニ頗奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即先第一ニ起ルヘキ問題ハ第三者カ自己ノ利益ニ於テ物權ノ得喪變更ヲ主張シタル場合ニ當事者ハ向第三者ニ對シテ之ヲ對抗スルコトヲ得サルカ又第三者カ或關係ニ於テ一旦物權ノ得喪變更ヲ主張シタル以上ハ最早總テノ關係ニ於テ之ヲ否認スルノ權利ヲ失フヤ否ヤニ在リ此問題ニ付テハ第三者カ一旦物權ノ得喪變更ヲ認メタル以上ハ第三者トノ關係ニ於テハ物權ノ得喪變更ハ絕對ニ其效力ヲ生スルモノトスルハ頗公平ニシテ實際上甚シキ困難ヲ生セサルモ如此物權ノ得喪變更ノ效力ヲ第三者ノ認否ニ繫ラシムルニ於テハ或者ハ之ヲ是認シ或者ハ之ヲ否認スルハ必然ニシテ物權ノ效力ハ愈相對的トナリ其本質ハ益毀ケラルルノ結果ヲ生スヘシ若又第三者ハ常ニ物權ノ得喪變更ヲ主張スルコトヲ得レトモ第三者ニ對シテハ絕對ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サルモノトスルトキハ極テ不公平ナル結果ヲ生スルノミナラス同一ノ權利關係ニ付一面ニ於テハ效力ヲ生シタルモノトシ他ノ一面ニ於テハ效力ヲ生セサルモノトナスノ不條理ニ陷ラサルヘカラス故ニ何レノ點ヨリ觀察スルモ物權ノ得喪變更ハ當事者カ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルト第三者カ當事者ニ對シテ之ヲ主張スルトニ從ヒ其效力ヲ異ニスルモノトナスハ斷シテ不可ナリトス然レトモ是自ラ立法論ニ屬シ解釋論ト

シテハ第一七七條ノ文理極テ明確ニシテ疑ヲ挾ムノ餘地ナキヲ以テ前示ノ如ク斷定スルノ外ナシトス

二 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ第三者ノ權利ト抵觸スルトキハ其優劣ハ登記ノ前後ニ依テ定ムル例之甲乙ニ其地所ヲ賣渡シ更ニ同一地所ヲ丙ニ賣渡シタル場合ニ乙丙ニ先チ其所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ乙ハ完全ニ地所ノ所有權ヲ取得シ丙ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ反之乙ニ先チ其所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ其地所ノ所有權ハ丙ニ歸シ丙ハ乙ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得此場合ニ於テハ乙丙ノ權利ハ絕對的ニ兩立スヘカサルヲ以テ一方カ其權利ヲ登記シタルトキハ他ノ一方ハ最早其權利ヲ登記スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス若甲カ其地所ヲ乙ニ抵當トナシタル後丙ニ其地所ヲ賣渡シタルト假定スルトキハ乙先其抵當權ヲ登記シ其後ニ至リ丙其所有權ヲ登記スルコトヲ得ルモ乙ノ抵當權ハ之ヲ丙ニ對抗スルコトヲ得ヘク丙ハ抵當權ヲ負擔シタル所有權ヲ取得スルコトヲ得ナシ

三 第三者ノ善意ナリヤ否ヤハ登記ノ欠缺ヲ主張シ得ヘキ第三者ノ權利ニ影響セズ例之甲乙ニ其地所ヲ賣渡シタル後丙者甲乙間ノ賣渡ヲ熟知シ其地所ヲ甲ヨリ買受ケ登記シタルトセシ丙ハ善意ノ第三者ニ非ナルコト明ナリ然レトモ乙カ其所有權移轉ノ登記ヲ怠リタルトキハ丙ハ乙ニ對シテ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得シ此點ニ關シテ民法ハ舊民法及我國從來ノ慣例ト異リタル主義ヲ採用シ第一七七條ニ於テ單ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ善意惡意ノ區別ヲ爲サザリシモノナリ而シテ民法ニ於テ此區別ヲ設ケザリシ所以ハ主トシテ實際上ノ必要ニ出テタルモノナリ蓋法律ハ善意ノ第三者ヲ保護シ惡意ノ第三者ヲ保護セサルヲ通則トスルモ常ニ此通則ニ違フトキハ不動産ニ

關シテ權利ノ低額アル場合ニハ常ニ第三者ノ善意ナリシハ惡意ナリシハ點ニ付爭ヲ生セハ之カ爲メ實際上ニ於テ煩雜ヲ來セヘキヲ以テナリ然レトモ他ノ一方ヨリ觀察スルトキハ既ニ他人間ニ權利ノ得喪變更アリタルコトヲ知リナカラ其未タ登記セラレサルヲ寄貨トシ他人ヲ害シテ利益ヲ得ントスル者ヲシテ其欲望ヲ遂クルコトヲ得セシムルハ登記法ヲ設クル所以ノ目的ニ反スルモノト云ハサルヘカラス抑登記ハ現行制度ニ在テハ物權ノ得喪變更ノ要件ニ非スシテ第三者ヲシテ權利ノ得喪變更アリタルコトヲ知ラシメ其利益ヲ保護スルヲ以テ主タル目的トスルモノナリ果シテ然ラハ第三者ニシテ既ニ其事實ヲ知ルニ於テハ登記ハ毫モ必要ナキモノト云ハサルヘカラス故ニ我民法カ公示主義ヲ採用シタルニ拘ラス第三者ノ善意ト惡意トヲ區別セザリシハ果シテ正鵠ヲ得タルモノナリヤ否ヤ疑ナキ能ハス

四 詐欺脅迫ニ因テ登記ノ申請ヲ妨ケタル第三者ハ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ス(登記四條)何人ト雖其不法行為ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得サルハ法學上ノ原則ナリ故ニ詐欺又ハ脅迫ヲ以テ登記ヲ妨ケタル第三者ハ其詐欺又ハ脅迫ノ結果トシテ生タル登記ノ欠缺ヲ自己ノ利益ニ於テ主張スルコト能ハサルハ勿論ナリトス例之甲乙ニ地所ヲ讓渡シタル後更ニ其地所ヲ丙ニ讓渡シタルト假定センニ乙カ其所有權ヲ登記セントスルニ臨ミ丙ハ乙ヲ脅迫シ又ハ乙ヲ欺キ登記ヲ爲スコト能ハサルニ至ラシメタルトキハ丙ハ其權利ヲ登記シタルト否トニ拘ラス乙ニ對シ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ス

五 他人ノ爲メ登記ヲ申請スル義務アル者ハ其登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ス但其登記ノ原因カ自己ノ登記ノ原因ノ後ニ生シタルトキハ此限ニ非ス(登記五條)前例ニ於テ丙ハ乙ノ後見人ナリシトキ

ハ丙ハ乙ノ爲メ登記ヲ申請スルノ義務アルヲ以テ先乙ノ爲メ登記手續ヲ爲ササルヘカラス然レニ此手續ヲ等閑ニ付シ後ニ發生シタル自己ノ權利ヲ登記スルハ其義務ニ違背スルモノナレハ丙ハ乙ノ所有權登記ノ欠缺ヲ理由トシテ自己ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス反之乙カ丙ノ後見人タリシ場合ニ於テハ乙ノ權利ハ丙ノ權利ニ先チテ發生シタルモノナレハ乙カ前ニ發生シタル自己ノ權利ニ付先登記ヲ爲スハ至當ノ順序ナルヲ以テ乙ハ丙ニ對シテ完全ニ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ此部類ニ屬スル人ハ無能力者及法人ノ法定代理人委任ニ基テ代理人財產管理人等ナリ而シテ其善意ナリシハ惡意ナリシハ之ヲ問フノ必要ナシ登記法第五條ハ此點ニ付何等ノ區別ヲ爲サス

六 物權ノ得喪變更カ無効ノ原因ニ基クテハ登記ニ因リ其效力ヲ生セス現行法ニ依レハ登記ハ物權ノ得喪變更ノ原因ニ非スシテ他ニ物權ノ得喪變更ヲ生セシムル所以ノ合法ノ原因アルコトヲ必要トス故ニ合法ノ原因ナキ登記ハ物權ノ得喪變更ヲ生スルハ効ナキハトス例之甲一ノ家屋ヲ所有スル場合ニ丙甲ノ賣渡證書ヲ偽造シ之ヲ丁ニ賣渡シテ其所有權ヲ登記シタルト假定センニ此場合ニ於テ丁者其權利ヲ登記シタルヲ理由トシテ甲ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ丁ハ真正ニ其所有權ヲ讓受ケタルモノニ非スシテ甲ト丁トノ間ニ所有權移轉ノ事實原因ヲ假裝シタルモノキハ基クモナレハ何等ノ效力ヲ生セサルヲ以テナリ但當事者カ通謀シテ登記ナク假裝シタルモノキハ第三者ニ對シテ其無効ヲ主張スルコトヲ得サルヘキハ民法總則第九十四條但書ノ規定ニ徴シテ明ナ

七 取消ニ得ヘキ原因ニ基クテ登記ハ原因ノ取消ニ因テ其效力ヲ失フ然レトモ其取消カ第三者ニ對抗シ得ヘカラスナルモノナルトキハ第三者ノ權利ハ取消ノ爲メ影響ヲ受ケタルコトナシ

例之甲一ノ家屋ヲ所有スル場合ニ乙甲ヲ欺キ其家屋ヲ買取り之ヲ登記シタリト假定セシムルハ乙ニ對シ賣買ノ取消ヲ爲スノ權アルハ勿論ナリトス而シテ乙ハ賣買ノ取消ヲレサル間ハ所有者トシテ其權利ヲ主張シ得ヘキモ一旦賣買力取消トナリタル以上ハ乙ノ登記ハ合法ノ原因ナキニ至ルヲ以テ乙ハ最早何人ニ對シテモ其權利ヲ主張スルコトヲ得然レトモ乙其家屋ヲ情ヲ知ラサル丙ニ賣渡シ丙其所有權轉移ノ登記ヲ爲シタルトキハ甲乙間ノ賣買ノ取消ハ丙ノ權利ニ影響ヲ及ホスコトナシ何トナレハ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサルヲ以テナリ故ニ丙ハ甲ニ對シ完全ニ其所有權ヲ主張スルコトヲ得ヘシ

第四項 不動産ノ登記

公衆ヲシテ一般ニ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ知悉セシメ因テ以テ不動産ニ關スル取引ヲ安全ニ且迅速ナラシムルカ爲メ登記制度ヲ設クルノ必要ハ方今一般ニ認メラル所ニシテ歐米文明諸國ニ於テ此制度ヲ採用セサルモノナシ唯登記制度ニ關シ各國ニ於テ採用スル所ノ主義ニ至リテハ區區ニシテ一定セシムル此點ニ關シ從來行レタル二三ノ重要ナル主義ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 要件主義

此主義ハ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件トナシ物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ絕對的ニ其效力主セサルモノナリ例之獨逸民法ノ如シ此主義ハ二區別スルコトヲ得其一ハ物權ノ得喪變更ハ原因タル法律行為ト登記トヲ必要トスルモノニシテ他一ハ原因タル法律行為ノ有無ニ拘ラス物權ノ得喪變更ハ單ニ登記ノミニ限テ其效力生スルモノトスルモノナリ

第二ノ主義ハ物權ノ統一ヲ主眼トシ登記面ノ權利者ト實際ノ權利者ノ重複スル弊ヲ防クノ精神ヲ出タタルモノナレトモ之カ爲メ著ク實體上ノ權利ヲ害スルヲ以テ到底善良ノ制度ナリト云フコトヲ得ス例之甲一ノ家屋ヲ所有シタルニ乙甲ノ證書ヲ偽造シ甲ヨリ買取りタルモノノ如ク裝ヒ詐欺ノ手段ヲ以テ登記ヲ經タリト假定セシムル此主義ニ依ルトキハ乙ハ完全ニ其所有權ヲ取得シ甲ハ乙ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ス而シテ甲ハ唯乙ニ對シテ損害賠償ノ請求權ヲ有スルニ過キ蓋登記ハ何レノ制度ニ在テモ第三者ヲ保護スルヲ主眼トスルモノニ過キ然ルニ其保護ヲ當事者ノ一人ニシテ而モ不正ノ行為ヲ爲シタル者ニ限ラ他ノ當事者ノ權利ヲ全ク犧牲ニ供スルカ如キハ不當ノ甚シキモノト云ハサルヘカラス故ニ此主義ハ物權ノ統一ニ因リ多少益スル所アルモ此利益ハ他ノ方面ニ於テ損失ヲ償フニ足ラサルヲ以テ登記ノ制度トシテ採用スヘカラサルナリ

第二 公示主義

此主義ハ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件トセシテ一ハ公示方法トナシ唯第三者ニ物權ノ得喪變更ヲ對抗スルカ爲メ必要ナル條件ト爲スモノナリ伊佛民法及我民法ハ此主義ヲ採用ス此主義モ亦二箇ニ區別スルコトヲ得即其一ハ第三者ノ善意惡意ヲ區別シ登記ハ善意ノ第三者ニ對シ必要ナルモ惡意ノ第三者ニ對シテハ其必要ナシトスルモノニシテ他一ハ第三者ノ善意惡意ヲ問ハサルモノナリ我民法ハ第二ノ主義ヲ採用スルコトハ既ニ説明シタル所ナリ

登記ノ效力ニ關シテモ亦國ニ依リ其主義ヲ異ニス即左ノ如シ
第一 絕對的公示主義 此主義ハ善意ノ第三者トノ關係ニ於テハ登記ヲ以テ絕對的眞實ノ事實ヲ表示スルモノト看做スモノナリ故ニ布登記面ノ事實ヲ取引ヲ爲シタル第三者ハ登記面ノ權利力實

體の權利ト符合スル。否トニ拘ラス其權利ヲ取得シ完全ニ保護セラレモノナリ。獨逸民法ハ此主義ヲ採用ス例之乙甲ノ證書ヲ偽造シ甲ノ家屋ヲ買取リタルモノノ如ク。裝ヒ之ヲ登記シタル後其家屋ヲ丙ニ賣渡シタルト假定セシニ丙乙ノ不法行為ヲ知ラス登記ヲ信シテ乙ヲ取引ヲ爲シ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ縱令甲ト乙トノ間ニ所有權移轉ノ事實ナク從テ乙ハ家屋ヲ丙ニ賣渡スノ權利ナキニモセヨ丙ハ完全ニ家屋ノ所有權ヲ取得スルモノトス此主義ハ真正ノ所有者ト善意ノ第三者トノ利益ヲ比較シ第三者ノ利益ヲ保護スルヲ以テ公益ニ利アリト認メ不動産ニ關スル取引ヲ安全ニ且迅速ナラシムルヲ以テ目的トスルモノニシテ占有ノ效力ヨリ生スル動產上ノ權利ノ即時取得ノ場合ト同一趣旨ニ基クモノナリ。

第二 關係の公示主義。此主義ハ登記カ第三者ニ對スル公示方法タルニハ其登記カ合法ノ原因ニ基クコトヲ必要トシ登記カ合法ノ原因ナキニ於テハ縱令第三者カ其登記ヲ信シテ取引ヲ爲スモ第三者ハ之カ爲メ何等ノ權利ヲモ取得スルコトヲ得スルモノナリ伊、佛民法及我民法ハ此主義ヲ採用ス此主義ニ關シテハ前既ニ説明セシ如ク登記原因ノ無効又ハ取消カ第三者ニ對抗シ得ヘキヤ否ヤニ因テ區別セサルヘカラス即原因ノ無効ナルトキ又取消カ善意ノ第三者ニ對抗シ得ヘキモノナルトキハ此主義ハ制限ナシニ適用セラレモノニシテ原因ノ取消カ善意ノ第三者ニ對抗シ得ヘカラサルトキハ登記ヲ信シテ取引シタル善意ノ第三者ハ保護ヲ受クヘキモノトス。

第三款 動產ニ關スル物權ノ讓渡ノ第三者ニ對スル效力

物權ハ動產ニ關スルト不動産ニ關スルトニ論ナク當事者ノ意思表示ノミヲ以テ之ヲ設定シ之ヲ移轉ス

ルヲ得ルコト不動産ニ關シテハ物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ既ニ詳論シタル所ナリ而シテ動產ニ關シテハ物權ノ讓渡ハ動產ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノトス是民法第一七八條ニ規定スル所ナリ蓋動產ハ其名稱ノ示スカ如ク容易ニ移動スヘキ性質ヲ有シ不動産ノ如ク一定不變ノ所在ヲ有セサルヲ以テ動產ニ關スル權利ノ得喪ニ關シテ登記制度ヲ採用スルコト能ハサルハ論ヲ俟タサルノミナラス動產ノ所有者ハ普通其動產ヲ占有スルヲ以テ占有ハ動產ニ關スル權利ノ所在ヲ認識スヘキ一般ノ標準ト爲スコトヲ得ヘシ故ニ羅馬法以來何レノ國ニ於テモ動產ノ讓渡ハ引渡ニ因リ完全ニ其效力ヲ生スルモノトナセリ而シテ現行民法モ亦占有ノ移轉即引渡ヲ以テ第三者ニ對スル條件トナシタルモノナリ

動產ニ關シテモ亦引渡ヲ以テ物權讓渡ノ要件トスルノ主義ト單ニ第三者ニ對スル要件ト爲スノ主義トアリ又第三者ニ對スル要件ト爲スノ主義ニ付テモ第三者ノ善意、惡意ヲ區別スルコトナク凡テの場合ニ於テ引渡ヲ必要トスルモノト第三者ノ善意、惡意ヲ區別シ唯善意ノ第三者ニ對シテノミ引渡ヲ必要トスルモノトアリ我民法ハ引渡ヲ以テ第三者ニ對スル物權讓渡ノ條件ト爲スト同時ニ第三者ノ善意、惡意ヲ區別セサルノ主義ヲ採用シタルモノナリ

民法第一七八條ノ物權ノ讓渡ハ專所有權ノ讓渡ニ關スルモノニシテ其所謂物權中ヨリ占有權、先取特權、留置權、質權ヲ除外セサルヘカラス何トナレハ占有權及質權ニ在テハ目的物ノ占有ハ權利ノ發生移轉ノ必要條件ニシテ第三者ニ對スル要件ニ非ス又先取特權及留置權ハ法律ノ直接規定ヨリ生シ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ設定移轉スルコト能ハサルヲ以テナリ又動產上ノ物權ノ原始取得ハ取得ノ始ヨリ當然其效力ヲ生シ第一七八條ノ規定外ニ屬スルハ敢説明ヲ要セサル所ナリ

次ニ民法第一七八條ノ第三者トハ原權利者トノ關係上動產ニ關シテ物權又ハ第三者ニ對抗シ得ヘキ權利ヲ取得シタルト否トニ論ナク當事者及其一般承繼人以外ノ人ヲ指スハ不動產上物權ノ得喪變更ノ場合トモ異ルコトナシ

動產讓渡ノ第三者ニ對スル效力ニ付テハ引渡ヲ以テ登記ニ代フル外不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ニ付前ニ述ヘタル第一乃至第七ノ原則ヲ適用スヘキモノトス但動產ニ關シテ民法第一九二條ノ規定アリ公然且平穩ニ動產ヲ占有シタル者カ占有ノ當時善意無過失ナルトキハ即時ニ其上ニ行使スル權利ヲ取得スルヲ以テ動產ノ引渡カ無効ノ原因ニ基ク場合ト雖第三者カ善意無過失ニテ其引渡ヲ受ケタルトキハ占有ノ效力ニ因リ其動產ノ上ニ權利ヲ取得シ原權利者ハ最早其回復ヲ請求スルコトヲ得ス動產ヲ引渡ス所以ノ原因カ取消サレタル場合亦同シ

以上説明スル所ニ從ヒ民法ハ動產ニ關スル物權ノ讓渡ニ付テハ動產ノ引渡ヲ以テ第三者ニ對スル要件ト爲シタル然レトモ其引渡ノ何タルヤニ付テハ別ニ規定スル所ナシ故ニ如何ナル場合ニ於テ動產ハ其引渡アリタルモノト認メ得ヘキヤハ全ク事實上ノ問題ニ屬シ爭ノ生シタル場合ニ裁判所ニ於テ判斷スヘキモノトス但引渡ハ要スルニ占有ノ移轉ニ外ナラサルヲ以テ此點ニ關シテハ占有權ヲ論スルニ當リ説明スヘク茲ニ述フルノ必要ヲ見サルナリ

第四款 混同ニ因ル物權ノ消滅

混同ハ或權利關係ニ付相容レル二箇ノ資格カ同一人ニ歸スルヲ云フ例之一ノ債權關係ニ付債權者ト債務者ノ資格カ同一人ニ歸シ同一物ニ付所有者ト他物權者トノ資格カ同一人ニ歸スルカ如シ而シテ

債權關係ニ於テ混同ハ「コンフュージオン」ト稱シ物權ニ關スル混同ハ「コンソリダシオン」ト云フ

民法第一七九條ニ曰ク「所有權又ハ其他ノ物權トノ目的トスル所ノ他ノ權利カ同一人ニ歸シタルトキハ其權利ハ消滅ス」ト是即物權混同ノ效力ヲ規定シタルモノナリ同條ノ規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

第一 物權ハ混同ニ因テ消滅ス 詳言スレハ物ノ所有權又ハ其他ノ物權ヲ目的トスル權利ヲ有スルカ者カ其所有權又ハ物權ヲ取得シタルトキ及所有權又ハ其他ノ物權ヲ有スル者カ之ヲ目的トスル他ノ權利ヲ取得シタルトキハ其權利ハ消滅スルモノトス何トナレハ一ノ權利ノ上ニ他ノ權利ヲ設定スルニハ必ヤ別異ナル權利ノ主體アルコトヲ必要トシ同一人カ同時ニ一ノ權利ト其上ニ行ル他ノ權利トヲ併有スルハ理論ニ低觸スルノミナラス他ノ權利ハ混同後獨立ノ存在ヲ有スルノ必要ナクレハ其權利ハ當然消滅ニ歸スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ而シテ物權ノ混同ヲ來ス場合ニアリ即左ノ如シ

甲 所有權ト他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキ

例之甲或地所ノ所有權ヲ有シ乙其地所ノ上ニ地上權ヲ有スル場合ニ乙甲ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ乙ハ地所ノ所有權ト地上權トヲ併有スルコトナルヘシ然レトモ地上權ハ他物權ナルヲ以テ乙ハ自己ノ有スル所有權ノ上ニ地上權ヲ有スルコト能ハサルト同時ニ所有權ハ他物權ナル完全ノ權利トシテ地上權ヲ吸收スルニ因リ其以前獨立シテ存在セル地上權ハ茲ニ全ク消滅スルモノトス

右ハ單ニ地上權ニ關シテ例證ヲ示シタルニ過キスト雖其他ノ物權ト所有權トカ同一人ニ歸シタル場合ニ於テモ亦全ク同一ナリトス但占有權ニ關シテハ後ニ説明スル如ク此原則ヲ適用スルコトヲ

得ス

乙 所有權以外ハ物權ト之ヲ目的トスル權利カ同一人ニ歸シタルトキ

例之甲或地所ノ永小作權ヲ有シ乙ニ對シテ之ヲ抵當ニ供シタリト假定センニ此場合ニ於テ乙甲ヨリ永小作權ヲ讓受ケタルトキハ之ヲ目的トセル乙ノ抵當權ハ之ヲ存立セシムルノ必要ナク又獨立シテ存在シ得ヘキニ非ナルヲ以テ乙カ永小作權ヲ讓受ケタルト同時ニ其抵當權ハ消滅スルモノトス

第二

此原則ニハ例外アリ即左ノ如シ
甲 主タル物權又ハ之ヲ目的トスル他ノ權利カ第三者ノ權利ノ目的タルトキ

(イ) 主タル物權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキ 例之甲二千圓ノ價額ヲ有スル地所ノ所有權ヲ有シ之ヲ各千圓ノ債務ヲ有スル所ノ乙丙丁ニ順次ニ抵當ニ供シタリト假定スルトキハ乙丙丁ニ先チ其地所ノ上ニ抵當權ヲ行使シ得ヘキハ論ヲ俟タス然ルニ其後ニ至リ乙甲ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ一般ノ原則ニ從ヒ乙ノ抵當權ハ混同ニ因テ消滅シ丙丁ハ各其地所ノ上ニ抵當權ヲ行使シ得ヘク乙ハ混同ノ結果一物ヲモ得ルコト能ハサルニ至ルヘシ是其不公平ナルヲ以テ此場ニ於テ乙ノ抵當權ハ丙丁トノ關係上尙存立スルモノトシテ乙ヲシテ自己ノ所有地ノ上ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得セシム而シテ丙丁ハ之ニ對シテ異議ヲ申立タルコトヲ得ス何トナレハ乙ハ當初ヨリ第一位ニ居リ丙丁ハ第二位及第三位ヲ以テ満足シタルモノニシテ乙ノ抵當權ヲ存在セシムルモ爲ニ丙丁ノ權利ヲ害スルノ結果ヲ生セサルヲ以テナリ

(ロ) 他ノ權利カ第三者ノ權利ノ目的タルトキ 例之甲ハ土地ノ所有者ニシテ乙ハ其地上權者ナ

リトシ乙其地上權ヲ丙ニ抵當トナシタリト假定センニ其後ニ至リ乙甲ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ一般ノ原則ニ依レハ乙カ地所ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ其地上權ハ混同ニ因リテ消滅スルノ結果ヲ生スヘシ然レトモ斯クスルニ於テハ乙ノ地上權消滅スルト同時ニ之ヲ目的トセル丙ノ抵當權モ亦消滅ニ歸スヘキヲ以テ丙ハ謂ハレナクシテ其權利ヲ喪失スルノ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ此場合ニ於テハ法律ハ乙ノ地上權ハ混同ニ拘ラス存

在スルモノトシ以テ第三者タル丙ノ權利ヲ保護スルモノナリ

乙

要スルニ物權ハ混同ニ因テ消滅スルヲ原則トスルモ此消滅カ權利者又ハ第三者ノ既得權ヲ害スルノ結果ヲ生スルトキハ之ヲ存在セシムルノ必要アルヲ以テ混同ニ因リ消滅スヘカリシ物權ハ混同ニ拘ラス之ヲ存續セシムルモノナリ

所有權又ハ其他ノ物權ト占有權トカ同一人ニ歸シタルトキ

例之甲ハ或地所ノ占有者ニシテ乙ハ其所有者ナリト假定センニ甲乙ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ甲ノ占有權ハ混同ニ因リ消滅セシテ甲ハ所有權ト占有權トヲ併セテ有スルモノナリ蓋占有權ハ占有ノ事實ヨリ生スル權利ニシテ其物カ他人ノ權利ノ目的タルト否トニ拘ラス存立シ他人ノ所有權又ハ物權ヲ前提スル所ノ他ノ物權ト全然其性質ヲ異ニスルヲ以テナリ

第二章 各論

第一節 占有權

第一款 占有權ノ性質

物權ハ有體物ヲ直接ニ權利者ノ權利ニ服從セシムルノ權利ニシテ之ヲ所有權、他物權及占有權ニ區別
 スルヲ得ルコトハ既ニ説明セシ所ナリ而シテ所有權及他物權ハ有體物ヲ凡テノ關係者タルハ或關係ニ於
 テ支配スルノ權利ニシテ占有權ハ占有即現實上有體物ヲ支配スルノ事實ヨリ生スル權利即其欲スルモノ亦
 既ニ一言セシ所ナリ蓋所有者、他物權者ハ法律上有體物ヲ支配スルコト得ルノ權利即其欲スルモノ
 從ヒ有體物ヲ自己ノ權力ニ服從セシムルノ能力ヲ有スル雖此等ノ物權者ハ其權利ノ本旨ニ從ヒ目的物
 ヲ現實ニ支配スルコトアリ或ハ之ヲ支配セサルコトアリ物ヲ支配スル所ノ權利ト現實ノ支配トハ常ニ
 必シモ同一人ニ歸セサルモノナリ而シテ占有權ナルモノハ即此現實ノ支配ヨリ生スル權利ニシテ物權
 中特種ノ權利ニ屬スルモノトス
 占有ハ廣キ意義ニ於テハ一般ニ物ニ關スル現實ノ支配ナリ詳言スレバ占有ハ有體物ヲ事實上吾人ノ實
 力ニ服從セシムルノ謂ニシテ吾人カ他人ヲ排斥シテ有體物ノ上ニ有形的行爲ヲ施スコトヲ得ル事實上ノ
 狀態ヲ云フ
 右ノ如ク或人カ有體物ヲ事實上自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルトキハ此狀態ヲ指シテ物ノ自然ノ占有
 又ハ物ノ所持ト稱ス物ノ所持人カ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ物ヲ占有スルトキハ其占有ハ法律上ノ
 占有ト稱シ占有權ハ即此種ノ占有ヨリ生スルモノトス
 法律上ノ占有ニ定義ニ關シテハ古來學說及立法例區區ニシテ一定セズ或ハ第一、法律ノ保護ヲ受クハ
 キ占有ハ所有ノ意思ヲ以テ有體物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルモノナルコトヲ必要トシ或ハ第二
 占有ハ法律ノ保護ヲ受クハ占有ハ占有者ノ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルモノナルコトヲ必要トシ或ハ第三
 占有者カ物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルニ於テハ意思ノ有無ニ拘ラス其占有ハ保護セラルヘシト

中特種ノ權利ニ屬スルモノトス
占有ハ廣キ意義ニ於テ一般ニ物ニ關スル現實支配ヲ指シテ言フ有形的行為ヲ施スコトヲ事實得上人ノ實力ニ服從セシムルノ謂ニシテ吾人カ他人ヲ排斥シテ有體物上ニ有形の行為ヲ實施スコトヲ事實得上人ノ實力ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルニ於テハ意思ノ無拘ラス其占有ハ保護セラルヘシト

右ノ如ク或人カ有體物ヲ事實上自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルトキハ此狀態ヲ指シテ物ノ自然ノ占有又ハ物ノ所持ト稱ス即チ此種ノ占有ヨリ生ズルモノトス

占有ト稱シ占ハ權ハ即チ此種ノ占有ヨリ生ズルモノトス

法律上ノ占有ノ定義ニ關シテハ古來學說及立法例區區ニシテ一定セス或ハ第一、法律ノ保護ヲ受ケ、ハキ占有ハ所有ノ意思ヲ以テ有體物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルモノタルコトヲ必要トシ或ハ第二、占有ハ法律ノ保護ヲ受ケ、ハキ占有ハ所有ノ意思ヲ以テ有體物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルニ於テハ意思ノ無拘ラス其占有ハ保護セラルヘシト

占有者カ物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルニ於テハ意思ノ無拘ラス其占有ハ保護セラルヘシト

中特種ノ權利ニ屬スルモノトス
 古有廣キ意義ニ於テ一般ノ人物ノ關係スル現實支配ヲ詳言スルハ有形的占有ヲ有體物トシテ事實得上ノ吾人ノ實
 力ヲ從セシムルノ謂ニシテ吾人ノ力ヲ服從セシムルヲ云フ
 狀態ヲ云フ

ノ狀態ヲ云フ
右ノ如ク或人カ有體物ヲ事實上自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルトキハ此狀態ヲ指シテ物ノ自然ノ占有又ハ物ノ所持ト稱ス物ノ所持人カ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ物ヲ占有スルトキハ其占有ハ法律上ノ占有ト稱シ占有權ハ即此種ノ占有ヨリ生スルモノトス

法律上ノ占有ノ定義ニ關シテハ古來學說及立法機關區ニシテ一定セズ重々第一
キ占有ハ所有ノ意思ヲ以テ有體物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルモノタルコトヲ必要トシ或ハ第二
占有カ法律ノ保護ヲ受クルニハ占有者ニ自己ノ爲ニスルノ意思アルノミヲ以テ足レトシ又或ハ第三
占有者カ物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルニ於テハ意思ノ有無ニ拘ラス其占有ハ保護セラルヘシト

ナセリ佛國民法及我舊民法ハ第一ノ主義ヲ採リ獨逸民法ハ三ノ主義ヲ採リ現行民法ハ第一、第三ノ中間ニ位スル第二ノ主義ヲ採レリ而シテ法律ノ保護ヲ受タヘキ占有ノ範圍ニ付テハ第二ノ主義ハ第一ヨリモ廣ク第三ノ主義ハ更ニ第二ヨリモ廣キコト明ニシテ第一ノ主義ハ羅馬法以來行レタルモノナリ種種ノ變遷ヲ經テ第三ノ主義ガ生シ漸次ニ其範圍ヲ擴張スルニ至リタルモノナリ舊法律ガ占有ノ保護ニ此力ノ主トスル理由ハ或人カ物ヲ自己ノ實力範圍内ニ保持スルトキハ他ノ人ヲシテ私力ヲ以テ猥ニ此實力關係ヲ動カスコトヲ得テラシムルニ在リ故ニ此點ヨリ觀察スルトキハ荷物ト人トノ間ニ於テ實力關係ノ存スル限リハ其人カ物ヲ所持スル所以ノ意思如何ニ拘ラス之ヲ保護シ他人ヲシテ之ヲ侵害セシメサルノ必要アルモノノ如シ然レトモ我民法ニ於テハ自己ノ爲ニスルノ意思ナクシテ物ヲ所持スル者ハ物ノ所持ニ付何等ノ利害ヲ感セサルモノナレハ之ヲ保護スルノ必要アリキモノト認メ此意思ヲ以テ法律ノ保護ヲ受タヘキ占有ノ必要條件ト爲シタルモノナリ

我、法、依、レ、法律上ノ占有ニハ自己ノ爲ニスル意思アルコトヲ必要トスルヲ以テ唯或權利ノ行使トシテ物ヲ所持スル場合ニ於テノミ法律上ノ占有アルコト明ナラヘ自己ノ爲ニスル意思ハ自物ヲ占有スルニハ常ニ必要ト關スル或權利ノ行使トシテ物ヲ占有スルコトヲ要シ此場合ノ除ケ他ニ自己ノ爲ニスル意思ニ以テ占有爲ニスル場合ナクレハナリ但、占有者ノ行使セントスル權利ノ物權アルト信權ナルトハ之ヲ問フ要セス然レモ物權就中所有權ノ行使トシテ爲ス物ノ占有ハ法律上ノ占有中ノ最顯著ナルモノニ屬シ極重要ナル法律上ノ效力ヲ生スモノナリ

占有ハ一ノ事實ナリヤ縣一ノ權禾ナリヤニ付テ一難法以テ學者間ニ諸論アル所ニシテ各國ノ立法ハ
 概皆之ヲ單純ナル事實トシテ唯其事實ニ多少重要ナル法律上ノ效果ヲ付スルノ制度ヲ採用セリ蓋占有

ハ本來ノ事實ニ過キスト雖此事實ヨリ重要ナル法律上ノ效果ヲ生シ占有者ハ占有物ニ關シテ法律上ノ種類ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ルト同時ニ法律ハ其占有ヲ保護シ第三者カ之ヲ妨害シ若クハ之ヲ侵奪シタルトキハ占有者訴權ノ方法ニ依リ其占有ヲ保持シ又ハ回復スルノ權利ヲ占有者ニ付與シ占有者ハ其占有物ノ上ニ法律ニ依テ保護セラルル利益即チ權利ヲ有スルモノト云フコトヲ得ヘシ而レテ此權利モ亦所有權、他物權ト等ク直接ニ物ノ上ニ行フルヲ以テ物權ノ一種ニ屬スルコト明ナリ然レトモ此權利ハ單純ニ占有ノ事實ハ、基因シ實體上ノ權利ノ如ク物ヲ支配スルコトヲ得ヘキ權利者本來ノ能力ニ基因スルニ非ス目占有者ハ物トハ實力關係ヲ保護スル目的トシ其效力ハ主トシテ私力ヲ以テ物ノ上ニ行フル實力關係ヲ侵害セシメサルノ範圍内ニ制限セラルルモノナレハ占有者權利上ノ權利ト兩立シ得ヘカラサルトキハ占有者ハ常ニ實體上ノ權利ニ地歩ヲ讓ラサルヘカラス例之甲ハ時計ノ所有者ニシテ乙ハ權利ナクシテ之ヲ占有スルモノハ承諾ヲ得シテ私力ヲ以テ其時計ヲ取戻スコトヲ得リ此場合ニ於ル甲乙ノ關係如何ヲ見ルニ甲ハ乙ノ承諾ヲ得シテ私力ヲ以テ其時計ヲ取戻スコトヲ得スト雖乙ハ事實上時計ヲ占有スルニ過キスシテ法律上之ヲ占有スルノ權利ヲ有セサルヲ以テ所有者タル甲ノ請求ニ對シテ之ヲ返還スルノ義務アリ隨テ乙カ甲ノ請求ニ應セサルトキハ甲ハ法律ニ定ムル手續ニ依リ乙ヲシテ時計ヲ引渡シムルノ權利ヲ有スルモノナリ故ニ占有權ハ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ物ヲ占有スル人カ法律ニ定メタル方法ニ依ルニ非サレハ其意思ニ反シテ其占有ヲ追害セラレサルノ權利ナリト謂フコトヲ得ヘシ

第二款 占有ノ種類

占有ハ種種ノ觀察點ヨリ之ヲ數箇ニ類別スルコトヲ得ヘシ即左ノ如シ

第一 自然ノ占有、法律上ノ占有、此區別ハ既ニ一言シタル所ナリ而シテ法律上ノ占有ニハ占有者ニ物ノ所有主トシテ之ヲ所持スルノ意思アルコトヲ必要トセス唯占有者カ自己ノ利益ノ爲メ即自己ノ名義ヲ以テ物ヲ所持スルノ意思アルヲ以テ足レリ故ニ動產ノ質取主、動產又ハ不動產ノ質借人ハ自己ノ爲ニスル物ヲ占有スル者ナレハ法律ニ所謂占有タルコトヲ妨ケサルモノトス

第二 完全ナル占有、不完全ナル占有、完全ナル占有ハ自己ノ所有物トシテ或物ヲ占有スルヲ云ヒ不完全ナル占有ハ所有權以外ノ或權利ノ行使トシテ物ヲ占有スルヲ云フ物ノ質取主、質借人ノ占有ハ即此種ノ占有ニ屬ス此場合ニ於テハ質取主、質借人ノ不完全ナル占有ト共ニ所有主ノ完全ナル占有アリテ占有ノ目的物ハ同時ニ質取主、質借人ト物ノ所有主トノ權力ニ服從スルモノトス蓋同一物ハ同時ニ異リタル關係ニ於テ數人ニ依テ支配セラレ得ヘキモノタリ

第三 正當ノ占有、不正當ノ占有、正當ノ占有ハ占有者カ正當ノ權利アリテ物ヲ占有スルヲ云フ或物權ノ真正ノ所有者カ現ニ其物件ヲ占有スルカ如シ不正當ノ占有ハ權利ナクシテ他人ノ物ヲ占有スルヲ云フ例之竊盜カ其竊取シタル物ヲ占有スルカ如シ

第四 正權原ノ占有、無權原ノ占有、占有者カ權利ヲ移轉セシムヘキ法律上ノ原因ニ基キ物ヲ占有スルトキハ其占有ハ正權原ノ占有ナリ例之買賣、交換、贈與等ハ權利移轉ノ原因ヲ成スモノナレハ此等ノ名義ニ基キ物ヲ占有スル者ハ正權原ノ占有者ナリ但其原因ノ有效ナリヤ無効ナリヤハ之ヲ問フヲ

要セス無權原ノ占有ハ法律上ノ原因ナクシテ物ヲ占有スルヲ云フ例之竊盜ノ占有ノ如シ

第五 善意ノ占有 善意ノ占有ハ正當ノ權利アリト信シテ物ヲ占有スルヲ云フ例之甲乙ノ時計ヲ丙ニ賣渡シ丙時計ノ引渡ヲ受ケタル場合ニ其時計ヲ甲ノ所有物ナリト信シテ引渡ヲ受ケタルトキハ丙ハ善意ノ占有者ナリ惡意ノ占有トハ權利ナキコトヲ知リテ物ヲ占有スルヲ云フ前例ノ場合ニ於テ丙カ其買受ケタル時計ハ甲ノ所有物ニ非スシテ乙ノ所有物ナルコトヲ知リタルトキハ丙ハ惡意ノ占有者ナリ

第六 過失アル占有 占有者カ正當ノ權利ナクシテ物ヲ占有スル場合ニ占有ノ當時自己ニ正當ノ權利アリト信シ而シテ其權利ナキコトヲ知り得ヘカラシトキハ其占有ハ過失ナシトス反之占有者カ縱令自己ニ權利アリト信スルモ相當ノ注意ヲ爲スニ於テハ其權利ナキコトヲ知り得ヘカリシトキハ其占有ハ過失アリトス但占有者ニ過失アリタルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ各場合ニ付之ヲ判定スヘキモノトス

第七 自主占有 容假ノ占有 自主占有トハ自己ノ爲ニ所有スルノ意思ヲ以テ物ヲ占有スルヲ云フ例之甲乙ヨリ時計ヲ買取リテ其引渡ヲ受ケタル場合ニ於テ甲ハ自己ノ所有物トシテ其時計ヲ占有スルモノナレハ其占有ハ自主占有ナリトス容假ノ占有トハ自己ノ爲ニ所有スルノ意思ナクシテ物ヲ占有スルヲ云フ例之甲乙ヨリ時計ヲ借受ケタル占有スルトキハ甲ハ自己ノ所有トシテ其時計ヲ占有スルモノニ非サルヲ以テ其占有ハ容假ノ占有ナリトス

第八 本人占有 代理占有 又ハ直接占有 間接占有 本人占有トハ占有權ノ主體タル人カ自身ニ目的物ヲ占有スルヲ云フ例之甲自己ノ所有トシテ一ノ時計ヲ携帶スルカ如シ代理占有トハ占有者カ他ノ人ヲシテ代理リテ目的物ヲ占有セシムルヲ云フ前例ニ於テ甲乙ヲシテ其時計ヲ保管セシムルカ如シ第九 平穩ノ占有 強暴ノ占有 平穩ノ占有トハ其名稱ノ示スカ如ク平穩ニ物ヲ占有スルヲ云フ例之甲カ乙ノ承諾ヲ得テ時計ヲ引渡ヲ受ケタル占有スルカ如シ強暴ノ占有トハ反之暴行脅迫ニ因テ占有ヲ爲スヲ云フ例之甲腕力ヲ以テ乙ノ所持スル時計ヲ奪ヒ之ヲ占有スルカ如シ第十 公然ノ占有 隱秘ノ占有 公然ノ占有トハ占有カ外形上ノ行爲ニ顯ハルルヲ云フ例之甲乙ヨリ時計ヲ買取リ公然之ヲ携帶スルカ如シ隱秘ノ占有トハ占有カ外形上ノ行爲ニ發表セラレサルヲ云フ例之前例ノ場合ニ於テ乙カ其時計ヲ篋底ニ隱匿シ他人ヲシテ目撃スルコト能ハサルシムルカ如シ

第三款 占有權ノ主體及目的物

第一 占有權ハ一ノ權利ナルヲ以テ權利能力ヲ有スル者ハ總テ占有權ノ主體タルコトヲ得但占有權ノ取得ニハ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ必要トスルヲ以テ意思能力ナキ者ハ自ラ占有權取得ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其法定代理ハニ於テ代理リテ此權利ヲ取得スルコトヲ得此部類ニ屬スル者ハ意思能力ナキ幼者、心神喪失ノ狀態ニ在ル白痴、瘋癲者及法人ナリ

第二 占有權ノ目的物ハ有體物タルコトヲ要ス占有權ハ他ノ物權ト等ク物ノ上ニ直接ニ行ル權利ナレハ其目的物ハ有體物タルコトヲ必要トスルハ論ヲ俟タス第三 一般ノ所有權ノ目的物ハ有體物タルコトヲ得ヘキ物ハミ占有權ノ目的物ト爲ルコトヲ得公有物其他一般ニ不融通物ハ之ヲ占有スル占有者ハ之ヲ爲メ何等ノ權利ヲ取得セサルモノトス第四 取引上獨立シタル財產ヲ成レ且一定ノ限界ヲ有スル物件ニ非サルハ占有權ノ目的物タルコトヲ得ス其性質ニ於テ不可分ナル動產、不動產ノ一部分ハ此性質ヲ有セサルヲ以テ之ヲ占有スルコトヲ

得、例之家屋ノ柱、衣服ノ袖若クハ馬ノ肩ノ如キハ特別ナル占有ノ目的物トナルコトヲ得ス
第五 同一物ハ同時ニ二箇以上ノ同一ナル占有權ノ目的物タルコトヲ得、何トナレハ占有權ハ物ノ現實ノ支配ヨリ生スルモノニシテ同一物ハ同時ニ同一ノ關係ニ於テ數人ノ支配ヲ受クルコト能ハサルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ但同一物上、同一ノ占有權カ同時ニ數人ニ共屬スルハ妨ケナシトス此場合ニ於テハ占有者ハ共同シテ一ノ占有權ヲ有スルモノトス又物ニ關スル權利關係上同一物カ同時ニ數人ノ占有權ノ目的トナルコトアリ例之甲一ノ時計ヲ乙ニ賣入シタルニ乙之ヲ丙ニ轉賣トナシ丙更ニ之ヲ丁ニ轉賣トナシ丁之ヲ占有スルモノト假定セシニ乙丙丁ハ各其前者ノ爲メ竝ニ自己ノ爲ニ時計ヲ占有スルモノニシテ甲乙丙丁ハ各自ニ占有權ヲ有スルモノナリ蓋乙丙丁ノ占有ハ何レモ物ヲ占有スルノ權利ヲ有スル前者ノ權利ニ基因シ甲乙丙ハ各其後者ヲシテ代リテ占有ヲ爲サシムルモノト見ルコトヲ得ヘケレハナリ

第四款 占有權ノ得喪變更

占有權ハ二箇ノ方法ニ依テ之ヲ取得スルコトヲ得原始取得及繼承取得即チナリ原始取得トハ新ニ自家固有ノ占有權ヲ取得スルヲ云フ例之自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ無主ノ動產ヲ占有シ又ハ他人ノ占有スル物件ヲ奪取シテ之ヲ占有スルカ如シ繼承取得トハ他人ノ占有權ヲ繼承シテ占有權ヲ取得スルヲ云フ例之甲乙ヨリ其所有ノ時計ヲ買受テ其引渡ヲ受ケテ之ヲ所持スルカ如シ蓋繼承取得ノ場合ニ於テハ占有權ノ取得ハ原權利者ト新權利者トノ間ノ意思表示ニ基クモノニシテ占有權ノ移轉即チ一ノ占有權ニ關シ權利者ニ更迭ヲ生スルコトハ當事者ノ意思表示ニ基ク所有權其他ノ物權ノ移轉ノ場合ト毫モ異ル所ナシ
我民法カ占有權ノ原始取得ト繼承取得ヲ認メタルコトハ第一八〇條及第一八二條ノ規定ニ徴シテ明ナリ而シテ我民法ノ解釋トシテ繼承取得ノ場合ニハ占有者ハ前占有者ノ占有權ヲ繼承スルコト同時ニ自家固有ノ占有權ヲ取得(原始取得)スルモノト云ハサルヲ得何トナレハ民法第一八七條ニ繼承人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ主張スルコトヲ得トアリ而シテ自己ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ得ルハ新ニ占有權ヲ取得シタルノ結果ニシテ前主ノ占有ヲ主張スルコトヲ得ルハ權利繼承ヨリ生スル當然ノ結果タルニ外ナラサルヲ以テナリ
予ハ以下占有權ノ取得、喪失、移轉及變更ニ區別シテ説明スヘシ

第一項 占有權ノ取得

占有權ハ其構成要件タル二箇ノ事實ノ具備スルニ因テ之ヲ取得スルコトヲ得即チ吾人カ事實上或ハ物上有權ヲ取得スルモノナリ而シテ實力上ノ要件ハ古來之ヲ體素ト稱シ意思ノ要件ハ之ヲ心素ト云フ予ハ以下此二要件ニ付各別ニ説明スヘシ
第一 物ノ上ニ實力ヲ加フルコトヲ得ル物ノ上ニ實力ヲ占領スルニハ二箇ノ要件ノ備ルコトヲ必要トス
甲 物ノ上ニ實力ヲ加フルコトヲ得ル物ノ上ニ實力ヲ加フルノ最顯著ナル場合ハ手ヲ以テ有體物ヲ把持スルカ如シ然レトモ實力ハ占領ニハ吾人ノ身體カ直接ニ有體物ニ觸接スルコトヲ必要

ト、セ、吾人カ有體物上ニ實力ヲ加フルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テ足レリトス例之甲其倉庫内ニ米俵ヲ運搬セシメタル場合ニ甲ハ實際其米俵ノ上ニ實力ヲ施ササルモ何時ニテモ之ヲ施スコトヲ得ヘク隨テ其米俵ハ甲ノ實力範圍内ニ在ルモノトス蓋或人ノ占領スル家屋、土地内ニ存在スル物件ハ其何タルヲ問ヘス總テ其人ノ實力範圍内ニ在ルモノナリ何トナレハ其家屋、土地ヲ支配スルノ實權ヲ有スル所ノ人ハ何時ニテモ其家屋、土地ノ上ニ存在スル物件ノ上ニ實力ヲ施シ得ヘケレハナリ加之吾人ノ直接ニ支配スル場所ニ在ラザル物件ト雖吾人ノ實力ノ及フ限ハ其物件ハ吾人ノ實力ノ範圍内ニ在ルモノナリ例之道路若クハ他人ノ邸宅内ニ在ル物件ハ直接ニ吾人ノ監督ノ下ニ在ラサルモ吾人カ何時ニテモ實力ヲ加ヘ得ヘキモノナルトキハ其物件ハ吾人ノ實力内ニ在リト謂フコトヲ妨ケサルモノトス

物ノ上ニ行ル實力ハ占領ハ多少繼續スヘキ性質ノモノタルコトヲ要シ一時ノモノハ占有權取得ハ原因タルコトヲ得例之鳥獸捕獲ノ目的ヲ以テ之ヲ握持スルモ直ニ逸シタルトキハ未以テ實力ヲ占領シタルモノト謂フコトヲ得ス之ヲ握持シタル後繼續シテ實力ヲ加ヘ得ヘキ程度ニ達シタル時ヲ以テ始テ實力ノ占領アリトスヘキノミ而シテ有體物中ニハ容易ニ吾人ノ支配ヲ脱出シ得ヘキモノト然ラサルモノアルヲ以テ脱出ノ危險ノ大小ニ因テ實力占領ニ要スル設備ニ差等アルヘキハ勿論ナリトス

物ノ上ニ實力ヲ占領スルニハ占有者自身ニ爲スコトヲ必要トセス他人ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得此場合ニ於テハ代理人ノ實力内ニ在ルモノハ即占有者本人ノ實力内ニ在ルモノナリ何トナレハ占有者ハ何時ニテモ其物ノ上ニ實力ヲ施シ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テナリ例之雇人又ハ家

乙 族ヲシテ物ノ占有ヲ爲サシムル場合ノ如シ
他人ノ干涉ヲ排斥シ得ヘキコト 此要件ヲ充スカ爲ニハ他人ヲシテ目的物上ニ實力ヲ加フルコトヲ得セシムル爲ニ必要ナル設備ヲ爲スコトヲ要セス例之倉庫内ニ收容シタル穀類

施設カ如キ嚴重ナル施設ハ必シモ之ヲ爲スコトヲ要セス例之倉庫内ニ收容シタル穀類ノ既ニ占有ノ目的ト爲リタルモノナルコトヲ認知シ得ルヲ以テ充分ナリトス例之道路ニ置キタル物件ニ符徴ヲ施シ占有ノ事實ヲ表示スルカ如シ蓋目的物カ既ニ或人ノ占有ニ歸シタル事實ヲ認識スルコトヲ得ルニ於テハ他人ノ人ハ猥ニ之ヲ侵スコトノ不當ナルヲ感知シ自ラ其行爲ヲ避止セサル

第二

己ノ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ有スルコト 單純ナル實力占領ハ占有權取得ノ原因タルコトヲ得ス自己ノ爲ニスルノ意思ノ之ニ伴フニ因テ權利トシテ法律ノ保護ヲ受クヘキモノナルコトハ前既ニ説明シタル所ナリ故ニ他人ヨリ或物ノ保管ヲ委託セラレ之ヲ所持スル者ハ他人ノ爲ノモノヲ所持スルモノニシテ自己ノ爲ニスル意思ナキヲ以テ其物ニ付占有權ヲ有セサルモノトス又甲者一ノ家屋ニ住居スル場合ニ其不在中乙者甲ニ贈與スルノ意思ヲ以テ或物件ヲ窓ヨリ投入シタルト假定セシニ其物ハ甲者ノ實力範圍内ニ入リタルコト明ナリ然レトモ甲者此事實ヲ知リテ自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ表示スル迄ハ實力占領ノ事實ノミアリテ意思ノ要件備ラサルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ我民法ニ依ルトキハ第三者カ甲ノ不在中其物件ヲ奪ヒ去ルモ甲ハ占有訴權ノ方法ニ依テ之ヲ回收スルコト能ハサルヘシ

自己ノ爲ニスルノ意思ハ占有者カ物ヲ所持スル所以ノ權原ニ依テ之ヲ認知スルコトヲ得ヘシ例之占有

有者カ賣買、贈與、交換其他所有權移轉ノ原因ニ基キ物ヲ占有スルコトキハ自己ノ所有ト爲スノ意思アルコトヲ認メ得ヘシ物ノ質入又ハ貸借ニ因リ物ヲ所持スル質取主及借主モ自己ノ爲ニ所持スルノ意思アルコト明ナリ但物ノ所持人ニ此意思アルキヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ各箇ノ場合ニ付實際ノ情況ニ基キ之ヲ決定セサルヘカラス
自己ノ爲ニ所持スルノ意思ハ實力占領ノ當時ヨリ存在スルコトアリ例之甲自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ一羽ノ鳥ヲ捕獲スルカ如シ此意思ハ其實力占領ノ當時存在セシテ後ニ至リ發生スルコトアリ例之乙、甲ヨリ時計ノ保護ヲ委託セラレ其所持ヲ始タル後甲ヨリ之ヲ買取り新ニ自己ノ所有トシテ之ヲ所持スルカ如シ
占有權ノ取得ニハ自己ノ爲ニスルノ意思アルコトヲ必要トスルヲ以テ意思能力アル者ニ非サレハ自身ニ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス例之意思能力ナキ幼者、白痴、癡癡其他或事由ニ因テ一時心神ヲ喪失シタル者ハ實力占領ノ要件ヲ充スコトヲ得ルモ意思ノ要件缺乏スルヲ以テ直接ニ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス然レトモ無能力者ハ其法定代理人ニ依テ之ヲ取得スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス法人ハ意思、實力其ニ備ラサルヲ以テ占有權ノ取得ニ必要ナル要件ハ總テ其法定代理人ニ依テ之ヲ充ササルヘカラス

第二項 代理人ニ依ル占有權ノ取得

占有權ハ權利ナルヲ以テ其取得ニ必要ナル行為ハ他ノ權利取得ノ場合ト等シ代理人ヲシテ代理之ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ是第一八一條ノ規定アル所以ナリ同條ニ曰ク占有權ハ代理人ニ依テ之ヲ

取得スルコトヲ得ト此規定ニ依レハ占有權ノ取得ニ必要ナル實力占領並ニ意思ノ要件ハ其ニ代理人ニ於テ之ヲ充スコトヲ得ヘキ代理人カ本人ニ代理シテ此等ノ要件ヲ充シタルトキハ其行為ハ直ニ本人ノ爲ニ其效力ヲ生シ本人ハ之ニ因テ占有權ヲ取得スルコトハ他ノ法律行為ニ於ルト毫モ異ル所ナキモノト解釋セサルヘカラス故ニ代理人ニ依ル占有權ノ取得ニ付テハ占有權ノ取得ニ關スル第一八一條ノ規定ト代理ニ關スル民法總則ノ規定トヲ交モ適用シテ其法律上ノ效果ヲ定ムルコトヲ必要トス而シテ此等ノ規定ニ依ルトキハ本人カ代理人ニ依テ占有權ヲ取得スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス
第一 本人ト代理人トノ間ニ代理關係アルコト
代理人ノ爲シタル行為カ本人ニ對シテ效力ヲ生スル所以ノモノハ他ナシ代理人ハ其行為ニ付テ本人ノ機關ト爲ルカ爲ナリ然ルニ本人ト代理人トノ間ニ代理關係ナキトキハ其所謂代理人ナルモノハ本人ノ機關ニ非サルヲ以テ總合本人ノ爲ニ占有權ヲ取得ノ行為ヲ爲スモ其行為ハ本人ニ對シテ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス代理人カ其委任ノ權限外ニ於テ占有權ヲ取得ノ行為ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦然リ但代理人カ代理權ナクシテ占有權ヲ爲シタル場合ニ本人ノ之ヲ追認シタルトキハ其追認ハ民法第一一六條ノ規定ニ從ヒ占有ノ始ニ溯リテ其效力ヲ生スヘキヲ以テ本人ハ代理人カ占有權ヲ爲シタル當時ヨリ占有權ヲ取得シタルモノト爲ルヘシ
第二 代理人カ本人ノ實力占領ニ關シテ此要件ハ說明ヲ要セシテ明ナリ何トナレハ實力ノ占領ハ占有權ノ因テ發生スル基本ノ事實ナレハナリ而シテ此點ニ關シテハ本人占有ニ付前ニ述ヘル原則ヲ適用スヘキモノトス
第三 代理人カ本人ノ爲ニ占有權ヲ爲スノ意思ヲ有スルコト
代理人カ物ヲ占有スルニ當リ本人ノ爲ニスルノ意思ナキトキハ代理人ハ權利ノ主體タル本人ノ機關トシテ動作スルモノニ非サレバ權利

ノ主體トシテ動作スルモノナレハ其占有ハ代理人ヲシテ占有權ヲ取得セシムルニ止リ本人ニ對シテ效力ヲ生ゼサルモノトス例之甲乙ヨリ時計ヲ買入ヲ委任セラレ丙ヨリ之ヲ買取り其引渡ヲ受クルニ當リ直ニ乙ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ時計ヲ占有シタルトキハ占有權ヲ取得スル者ハ乙ニシテ甲ノ非ス反之甲カ先之ヲ自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ占有シタルトキハ占有權ハ甲ニ歸シ乙ハ甲ノ所爲ニ因リ直接ニ占有權ヲ取得セサルモノトス
代理人ニ依テ占有權ヲ取得スル場合ニ占有ノ意思ハ本人ニ存スルコトヲ必要トスルヤ否ヤニ付議論アリ民法第一八一條ニハ單ニ占有權ハ代理人ニ依リテ取得スルコトヲ規程シ別ニ制限條件ヲ設ケサルヲ以テ代理人カ其代理權ヲ超越セサル限りハ代理ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ本人ノ機關トシテ占有權ノ取得ニ要スル意思ノ要件並ニ實力ノ要件ヲ充スコトヲ得ヘキモノト解釋スルヲ相當トス但占有ノ意思ハ本人ニ存シ代理人ノ單ニ實力占領ヲ委任セラレタルトキハ占有ノ意思ハ本人ニ付定ムヘキハ論ヲ俟タス
占有ノ當時代理人ニ本人ノ爲メ占有ヲ爲スノ意思アリタルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬シ各節ノ場合ニ於テ實際ノ情況ニ照ラシテ決定スヘキモノナレトモ今試ニ一二ノ重要ナル例證ヲ示ストキハ左ノ如シ
一 前占有者カ本人ノ爲メスル意思ヲ表示シテ或物ヲ代理人ニ引渡シ代理人カ異議ナク之ヲ受取りタルトキハ代理人ハ本人ノ爲メニ其物ヲ占有シタルモノト認メサルヘカラス縱令代理人カ其心裡ニ於テ自己ノ爲メスルノ意思ヲ有シタルトスルモ引渡人ニ對シテ之ヲ表示セサル限ハ其心裡ノ意思ハ法律上何等ノ效力ヲ生ゼサルモノトス故ニ此場合ニ於テ代理人カ自己ノ占有權ヲ主張スルニハ後ニ説

明スル第二〇四條第二號ノ規定ニ依リ自己ノ爲メスルノ意思ヲ以テ新ニ占有ヲ始ムルコトヲ必要トス

二 代理人カ自己ノ名義ヲ以テ物ノ引渡ヲ受ケ相手方ニ對シテ他人ノ代理人タルコトヲ告ケス又豫本人ニ對シ本人ノ爲メ占有ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示セサルトキハ代理人ハ先自己ノ爲メニ其物ヲ占有シタル自ラ占有權者トナリ然レ後其占有權ヲ本人ニ移轉スルノ意思アリト推定セサルヘカラス例之甲乙ヨリ地所ノ買入ヲ委託セラレ自己ノ名義ヲ以テ之ヲ買取り其引渡ヲ受ケタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ本人ハ代理人カ民法第一八三條ノ規定ニ從ヒ本人ノ爲メニ其物ヲ占有スル旨ノ意思ヲ表示シタル時ヲ以テ其物ノ上ニ占有權ヲ取得ス但家族、雇人其他ノ使用人カ家事上又ハ業務上ニ於テ爲ス物ノ占有ハ常ニ戸主又ハ主人ノ爲メスルモノト推測スルヲ相當トス
代理人ニ依テ占有權ヲ取得スルニハ代理人ニ本人ノ爲メ占有スルノ意思アルコトヲ必要トスルヲ以テ意思能力アル者ニ非サレハ他人ノ爲メ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス然レトモ他人ニ代リテ占有權ヲ取得スルニハ意思能力アルノミヲ以テ足り完全ナル行為能力アルコトヲ必要トセサルヲ以テ意思能力アル未成年者ハ他人ニ代リテ有效ニ占有權ヲ取得シ得ヘキモノトス
代理占有ノ場合ニ於テハ本人ハ代理人カ物ノ上ニ實力ヲ占取シタル範圍及方法ニ從ヒ其物ノ上ニ占有權ヲ取得ス例之代理人カ一定ノ區域ヲ有スル地所ノ一部分ヲ占有シタルトキハ本人ハ其部分ノ上ニ占有權ヲ取得シ代理人カ其全部ヲ占有シタルトキハ本人ハ其全部ノ上ニ占有權ヲ取得ス又代理人カ暴行、強迫ヲ以テ占有ヲ爲シタルトキハ本人ノ占有モ亦強暴ノ占有タルヲ免レ占有ノ公然ナルヤ又ハ隱祕ナルヤニ付テモ亦代理人ノ行為ヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス占有ノ意思ニ付テモ亦然リ即本人

ノ占有ハ所有權又ハ其他ノ權利行使トシテ自己ノ爲ニスルノ占有ナルヤ若クハ單純ニ他人ノ爲ニスルノ占有ナルヤハニ代理人ノ意思ニ基キ之ヲ定ムルヲ原則トス例之代理人カ本人ノ爲ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ爲シタルトキハ本人ノ占有ハ自主占有ト爲リ代理人カ本人ニ代リテ他人ノ爲ノミニ占有ヲ爲シタルトキハ本人ノ占有ハ客假ノ占有ト爲ルヘク代理人カ占有ノ當時善意ナリシトキハ本人ハ善意ノ占有者ニシテ代理人カ善意ナリシトキハ本人モ亦善意ノ占有者ト爲ルカ如シ過失ノ有無ニ關シテモ亦同シ但特別委任ノ場合ニ於テ本人カ代理人ニ指示シテ占有ヲ爲シタルトキハ占有ノ意思ノ善惡及過失ノ有無ハ委任者本人ニ就キテ之ヲ定ムルコトヲ必要トス要スルニ代理人ニ依ル占有權取得ノ行爲ニ付テモ亦民法第一〇一條ノ規定ヲ適用セサルヘカラス

第三項 占有權ノ喪失

占有權ハ其成立ニ必要ナル條件ハ一ヲ缺クトキハ消滅ス換言スレハ占有者カ目的物ノ上ニ事實上ノ實力即所持ヲ失ヒ又ハ自己ノ爲ニ物ヲ所持スルノ意思即チ占有ノ意思ヲ失フトキハ其占有權ハ消滅スルモノトス

第一 物ノ所持ヲ失フコト 實力ニ關スル要件ハ占有者ト占有物トノ間ニ實力上ノ關係カ一時存在セザルコトニ因テ喪失セラルルコトナシ實力關係ノ不存ニ於テ確定ノ狀態ト爲リタル時ニ於テ始テ此結果ヲ生スルモノトス而シテ如何ナル場合ニ於テ實力喪失ノ狀態カ確定スルヤト云フニ喪失シタル實力ノ回復カ絕對的ニ不能ト爲リタルトキ又ハ實力喪失ノ狀態カ永續セキ性質ヲ有シ占有者カ其失ヒタル實力ヲ直ニ回復セザリシトキハ占有者ハ確定ニ其實力ヲ失フモノナリ例之甲一ノ時計ヲ所

持スル場合ニ乙之ヲ其所有ト爲スノ意思ヲ以テ甲ノ手ヨリ奪ヒ去リタリト假定センニ甲ハ一時時計ノ上ニ實力ヲ失ヒタルコト明ナリ而シテ甲ノ實力喪失ハ永續セキ性質ヲ有スルヲ以テ甲カ直ニ之ヲ取戻シタルトキハ縱令甲ト時計トノ間ニ一時實力上ノ關係存在セザリシモ甲ハ時計ノ上ニ終始其實力ヲ有シテ曾喪失シタルコトナキモノト爲ルヘキモ甲カ直ニ之ヲ取戻サザルトキハ甲ハ時計ノ上ニ實力ヲ失ヒタルモノト爲ルヘシ

占有物ニ關シ實力ノ喪失ヲ生スヘキ原因ハ極ラ多シ或ハ占有者ノ所爲ヨリ生スルコトアリ或ハ第三者者ノ行爲ヨリ生スルコトアリ或ハ又自然ノ出來事ヨリ生スルコトアリ例之動產ノ占有者ハ其動產ヲ他人モ引渡シ之ヲ遺棄シ又ハ遺失シタルトキハ占有者ハ其動產上ニ有セシ實力ヲ喪失スルモノナリ但後ノ場合ニ於テハ占有者ノ搜索カ其效ヲ奏シタルトキ又ハ占有者ノ爲ニ之ヲ保管スル者アルトキハ占有者ハ其動產上ノ實力ヲ喪失セザルモノトス動產カ暴風、洪水其他自然ノ出來事ノ爲ニ占有者ノ實力範圍ヲ脱シタル場合亦同シ占有ノ目的物カ畜類ナル場合ニ其畜類カ飼養ノ場所ヨリ逸出シタルトキハ占有者ハ實力ヲ失フ但其畜類カ復歸スル常習アルトキ又ハ占有者カ直ニ之ヲ捕獲シタルトキハ占有者ハ其實力ヲ失ハザルモノトス物ノ上ノ實力ハ又其物カ第三者ノ實力ノ範圍内ニ入ルニ因テ喪失セザル例之第三者カ不法ニ占有物ヲ持テ去ルカ如シ終ニ物ノ上ノ實力ハ占有物ノ滅盡ニ因テ絕對的ニ消滅スルモノトス

第三者ノ侵奪ニ因テ物ノ占有ヲ失ヒタル占有者ハ民法第二〇〇條及第二〇一條末項ノ規定ニ依リ侵奪ノ時ヨリ一年内占有回復ノ訴ニ依リ其占有ヲ回復スルコトヲ得ルハ故ニ第三者ノ侵奪ニ因テ實力ヲ失ヒタル占有者ハ侵奪ノ時ヨリ一年内占有回復ノ訴ヲ提起セサルニ因テ確定ニ占有權

ヲ失フモノトス(二〇三條)
占有權ハ占有者ノ死亡ニ因テ喪失スルコトナシ蓋占有者死亡スルトキハ其死亡ト同時ニ物ニ關スル實力上ノ關係並ニ占有ノ意思モ亦消滅ニ歸スルモノト論スルコトヲ得ヘシ故ニ羅馬法ニ於テハ占有ハ占有者ノ死亡ト共ニ消滅スルモノト爲セリ然レトモ近世ニ於テハ占有者ノ死亡ニ拘ラス相續人ノ利益ノ爲ニ依然存續スルモノトシ相續人ヲシテ占有ノ利益ヲ享受スルコトヲ得セシムルカ故ニ占有ニ因テ取得時効ハ占有者ノ死亡後相續人カ現ニ相續スル前ニ於テ有效ニ成就スルコトヲ得ヘシ蓋相續人ハ占有者ノ死亡當時ノ狀態ヲ以テ占有者ノ法律上ノ地位ヲ繼承スルモノナレハ占有物ハ占有者ノ死亡ト同時ニ其相續人ノ實力範圍ニ入ルモノナレハナリ
第二 占有ノ意思ヲ喪失スルコト 占有權ノ發生ニ必要ナル意思ノ要素ハ占有者ニ一時自己ノ爲ニ所持スル意思ノイニ在セサルニ因テ喪失セラルコトナシ此要素ハ占有ノ意思ヲ拋棄スルコト即占有者カ爾後其物ヲ自己ノ爲ニ占有セザルノ意思ヲ表示スルニ因テ喪失セラルモノトス蓋占有者カ一度占有ノ意思ヲ表示シテ占有權ヲ取得シタル以上ハ之ヲ保有スル爲メ間斷ナク此意思ヲ表示スルヲ必要トセス占有者カ荷拋棄ノ意思ヲ表示セザル限ハ占有權ハ依然トシテ存續スルモノナリ故ニ占有者ハ睡眠中一時其意思ノ作用ヲ中止スルモ占有權ヲ失ハサルハ勿論心神喪失ノ狀態ニ陥リテ全ク其意思ヲ喪フモ之カ爲メ占有權ヲ失フコトナシ
上述ノ如ク占有者カ占有權ヲ失フニハ特別ノ意思表示ヲ必要トスルヲ以テ意思能力アル者ニ非サレハ意思ニ關スル要素ノ欠缺ノ爲メ占有權ヲ失フコトナシ但意思能力ナキ者ノ占有權ニ關シテハ其法定代理人ニ於テ無能力者ニ代リ拋棄ノ意思ヲ表示シ得ヘキハ勿論ナリトス

第四項 代理占有ニ於ル占有權ノ喪失

占有者カ代理人ニ依テ占有ヲ爲ス場合ニ其占有權ハ左ノ事由ニ因テ消滅ス
第一 占有者カ代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムルノ意思ヲ拋棄シタルトキ 占有者カ自己ノ爲ニ所持スルノ意思ヲ拋棄スルト同時ニ占有權ノ成立ニ必要ナル意思ノ要素ヲ缺クニ至リ占有權ハ消滅ニ歸スルヘキコトハ前既ニ説明セシ所ナリ而シテ代理占有ノ場合ニ於テハ占有權ハ本人ニシテ代理人ハ本人ニ代リテ占有ヲ爲スニ過キタルヲ以テ占有權ノ存立ニ必要ナル意思ノ要件モ亦本人ニ就キテ之ヲ定ムルコトヲ要ス故ニ本人カ代理人ヲシテ自己ノ爲ニ占有ヲ爲サシムルノ意思ヲ拋棄スルト同時ニ其占有權ハ意思ニ關スル要件ヲ缺クニ至ルヘキヲ以テ直ニ消滅スヘキモノトス但法定代理ノ場合ニ於テハ常ニ代理人ノ意思ヲ以テ本人ノ意思ト爲スヲ以テ意思ノ要件ノ有無ハ常ニ代理人ニ就キテ之ヲ定ムルコトヲ要シ本人ノ意思ハ占有權ノ得喪ニ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ
第二 代理人カ物ノ上ニ實力即所持ヲ失ヒタルトキ 代理人ハ本人ニ代リテ占有權ノ存立ニ必要ナル實力ノ要件ヲ充スモノナレハ代理人カ物ノ所持ヲ失フト同時ニ占有權ハ其存立ニ必要ナル要件ヲ缺クニ至ルヲ以テ本人ノ占有權ハ並ニ全ク消滅スヘキハ論ラ俟タス但代理人カ物ノ上ニ實力ヲ失フモ本人カ尙實力ヲ施シ得ヘキ地位ニ在ルトキハ占有權ハ依然トシテ存續スヘキハ論ラ俟タス例之代理人カ占有物ヲ奪ハレタル場合ニ本人直ニ之ヲ取戻シタルトキハ占有權消滅ノ結果ヲ生スルコトナシ
第三 代理人カ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲ニ占有ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキ 代理人カ本人ニ代リテ物ノ占有ヲ爲ス場合ニ於テハ代理人ノ實力範圍内ニ在ル物ハ即本人ノ實力範圍

内ニ在ルモノナリ何トナレハ代理人ハ本人ニ代リ本人ノ爲ニ之ヲ占有スルモノナレハ物ノ處分ニ關シテハ代理人ハ常ニ本人ノ意思ニ服從スヘク隨テ本人ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ物ノ上ニ實力ヲ施スコトヲ得ルノ地位ニ在ルヲ以テナリ然レトモ代理人カ本人ノ爲ニスルノ意思ヲ拋棄シ自己又ハ第三者ノ爲ニ占有ヲ爲スノ決意ヲ爲スト同時ニ本人ハ最早物ノ上ニ實力ヲ施スコト能ハサルノ地位ニ陷ルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ本人ハ代理人ノ意思ノ變更ト其ニ占有權ヲ失フモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ代理占有ノ場合ニ於テ代理人ノ單純ナル意思ノ變更カ直ニ本人ヲシテ占有權ヲ失ハシムルノ結果ヲ生スルモノトスルトキハ本人ハ不知ノ間ニ容易ニ占有權ヲ喪失シ遂ニ防衛ノ策ヲ施スノ途ヲ至リ頗不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ其利益ヲ保護スルカ爲メ代理人カ其意思ヲ變更シタル總テノ場合ニ於テ本人ヲシテ占有權ヲ失ハシムルニハ其意思ノ變更ヲ本人ニ表示スルコトヲ必要トス是民法第二〇四條第二號ニ於テ代理人カ爾後自己又ハ第三者ノ爲ニ所持スル旨ノ意思ヲ本人ニ對シテ表示シタル場合ニ限リ本人ハ其占有權ヲ失フヘシト規定セル所以ナリ然レトモ此規定ハ代理人カ本人ニ代リテ拋棄ノ意思ヲ表示スルノ權限ナキ場合ニ適用セラルヘキ原則ヲ示シタルモノニシテ法定代理人其他本人ニ代リテ占有權ヲ處分スルノ權限ヲ有スル代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲ニスルノ意思ヲ拋棄シ第三者ノ爲ニ所持スルノ意思ヲ表示スルトキハ之ト同時ニ本人ノ占有權ハ當然消滅ニ歸シ本人ニ對シテ特ニ此意思ヲ表示スルノ必要ナシトス

右ノ外代理人ノ意思ノ變更カ占有權ヲ消滅セシムル他ノ場合アリ民法第一八五條末段ニ規定スルモノ即チ是ナリ此規定ニ依レハ代理人カ其權限ニ基キ自己ノ爲ニ所有スルノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルトキハ代理人ノ容假ノ占有ハ自主ノ占有ニ變スルト同時ニ本人ノ占有權ハ消滅ニ歸スヘキモノトス

代理人カ其代理ノ權限内ニ於テ占有權ノ取得ニ必要ナル行為ヲ爲シ本人ノ機關ト爲リテ一旦占有權ヲ取得シタル以上ハ占有權ノ存立ニハ代理人カ本人ノ爲ニ目的物ヲ占有スル事實關係ノ繼續スルノミヲ以テ足り代理關係ノ存續スルコトヲ必要トセス何トナレハ縱令本人ト代理人トノ間ノ代理關係カ消滅シ代理人ハ最早法律上占有ニ關スル本人ノ機關ニ非サルモ代理人カ事實上本人ニ代リテ目的物ヲ占有スル間ハ本人ハ物ノ上ニ實力ヲ行フコトヲ得ルノ地位ニ在テ其物ハ本人ノ實力範圍ヲ脱セサルヲ以テナリ是民法第二〇四條第二項ニ於テ占有權ハ代理權ノ消滅ノミニ因テ消滅セスト規定セル所以ニシテ代理人カ本人ニ對シテ自己又ハ第三者ノ爲ニ占有ヲ爲スノ意思ヲ表示シタル場合ハ格別然ラサレハ本人ハ代理關係ノ消滅シタル一事ノミヲ以テ占有權ヲ失フコトナシトス

第五項 占有權ノ移轉

我民法ニ依レハ占有權ハ物ノ上ニ行ル物權トシテ財產權ノ一種ニ屬スルヲ以テ財產權本來ノ性質ニ從ヒ他ハニ於テ之ヲ繼承スルコトヲ得ヘシ民法第八二條ニ「占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲スレトアルハ即チ意義ヲ明ニシタルモノナリ予ハ以下占有權移轉ノ要件、占有權移轉ノ效果及占有併合ノ要件ニ區別シテ説明スヘシ

第一 占有權移轉ノ要件

我民法ニ依ルトキハ占有權ノ移轉ニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス

第一 當事者ノ意思表示 占有權ノ移轉ニハ讓渡人タル爲占有者ニ於テ其占有權ヲ讓受人ニ移轉スル

ハ、意思ヲ表示シ、讓受人ニ於テ舊占有者ノ占有權ヲ讓受ケテ、占有權者ト爲ルノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トシ、此意思表示ナキトキハ縱令占有物カ舊占有者ノ實力範圍ヲ脱シテ直ニ新占有者ノ實力範圍内ニ入ルモ占有權移轉ノ效果ヲ生セザルモノトス

第二 占有物ノ引渡 占有權ノ移轉ニハ占有權ノ移轉ニ關スル、當事者ノ意思表示アル外ニ占有ノ移轉即チ舊占有者ノ實力範圍内ニ在ル物ヲ新占有者ノ實力範圍内ニ移スノ事實アルヲ必要トス。民法ニ所謂占有物ノ引渡即チ是ナリ而シテ占有權ノ移轉ニ付引渡ヲ必要トスルハ占有權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリトス何トナレハ占有權ハ常ニ必占有ノ事實ニ伴フコトヲ要シ占有ヲ離レテ此權利ノ存在ヲ認ムルコト能ハサルヲ以テ占有權ヲ移轉スルニハ常ニ必物ノ占有ヲ移轉スルコトヲ要スルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ但如何ナル場合ニ於テ占有ノ引渡アリタルモノト云フコトヲ得ヘキヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ各場合ニ於ル實際ノ事實關係ニ基キ判斷ヲ下スコトヲ要スト雖何レノ場合ニ於テモ舊占有者ノ事實上占有物ヲ新占有者ノ實力範圍ニ移シタルキハ占有物ノ引渡アリタルモノトス例之舊占有者カ自己ノ占有スル動産ヲ新占有者ニ手渡シ又ハ倉庫内ノ物品ヲ引渡スノ目的ヲ以テ其倉庫ノ鍵ヲ新占有者ニ交付シ又ハ自己ノ占領スル邸宅ヲ明渡シテ新占有者ノ占領ニ委シ又ハ監守者ナキ物品ノ引渡ヲ爲ス場合ニ占有ノ移轉ヲ知ラシムヘキ外形の標識即或符牒ヲ其物品ニ施シ又ハ引渡スヘキ動産、不動産ノ所在ニ於テ受渡ノ意思ヲ表示シ又ハ第三者カ占有物ヲ保管シ保管證ト引換ニ證書ノ所持ハニ其物品ヲ交付スヘキ場合ニ其證書ヲ新占有者ニ交付スルカ如シ總テ此等ノ場合ニ於テ占有物ハ舊占有者ノ實力範圍ヲ脱シテ新占有者ノ實力範圍内入リタルモノニシテ所謂占有物ノ引渡アリタルモノトス要スルニ此點ニ關シテハ占有權取得ノ要件タル實力ノ占領ニ付前ニ説明

セル原則ヲ適用スルコトヲ要ス

右ノ如ク占有權ノ讓渡ニハ目的物ノ引渡ヲ必要トスルモ此原則ニハ例外アリ即左ノ如シ

- 甲 讓受人又ハ其代理人カ既に目的物ヲ占有スルトキ 此場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ハミヲ以テ其效力ヲ生シ占有權ハ引渡ノ手續ヲ要セスシテ當然讓受人ニ移轉ス(一八二條二項)蓋占有權ノ移轉ニ付引渡ヲ必要トスルハ讓渡人ノ占有ニ係ル目的物ヲ讓受人ノ占有ニ歸セシムルカ爲メ外ナラス然ルニ讓受人ニ於テ既に目的物ヲ占有スル以上ハ當事者ノ意思表示ト共ニ占有權移轉ノ要件具備スルニ依リ特ニ引渡ノ手續ヲ爲スノ必要ナシ例之甲乙ヨリ時計ノ保管ヲ委託セラレテ占有スル場合ニ乙甲ニ其時計ヲ賣渡シタルトキハ甲ハ賣買ノ意思表示ト共ニ當然時計ノ占有權ヲ取得スルカ如シ之ヲ稱シテ簡易ノ引渡ト謂フ
- 乙 讓渡人カ繼續シテ目的物ヲ占有スルトキ 此場合ニ於テハ讓渡人カ爾後讓受人ノ代理人トシテ目的物ヲ占有スル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ讓受人ハ之ニ因テ占有權ヲ取得ス(一八三條)是ヒナシ讓渡人カ占有權ノ讓渡後繼續シテ目的物ヲ占有スルハ占有權ノ主體トシテ自己ノ爲ニスルニ非ス占有權ノ主體タル讓受人ノ機關トシテ讓受人ノ爲ニ占有權ノ成立ニ必要ナル所持ノ要件ヲ充スモノニ外ナラサルヲ以テナリ例之甲其所持ノ時計ヲ乙ニ賣渡シタル後其引渡ヲ爲サスシテ乙ニ代リテ之ヲ保管スルモノト假定センニ甲カ爾後乙ノ爲ニ其時計ヲ保管スル旨ノ意思ヲ表示スルト同時ニ乙ハ其時計ノ占有權ヲ取得スルヲ稱シテ占有ノ改定ト謂フ
- 丙 讓渡人カ代理人ヲシテ目的物ヲ占有セシムルトキ 此場合ニ於テハ本人カ其代理人ニ對シ爾後讓受人ノ爲ニスル物ヲ占有スヘキ旨ヲ命ジ讓受人之ヲ承諾シタルトキハ讓受人ハ之ニ因テ占有權ヲ

取得ス(二八四條)蓋代理占有ノ場合ニ於テハ代理人ハ本人ノ爲ニ占有ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テ代理人ハ占有ニ關スル本人ノ機關トシテ其命令ニ服從セサルヘカラス而シテ占有權ノ主體タル本人カ其占有權ヲ第三者ニ讓渡シ一方ニ於テ代理人ニ對シテ爾後第三者ノ爲ニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命スルト同時ニ他方ニ於テハ占有物ノ現實ノ引渡ヲ爲サシテ代理人占有ノ儘占有權ヲ移轉スルノ契約當事者間ニ於テ成立シタルトキハ讓受人ハ爾後讓渡人ノ地位ヲ承繼シ本人ト爲リ讓渡人カ代理人ニ對シテ有セシ權利ハ讓受人ニ移轉スルヲ以テ代理人ノ占有スル物件ハ讓受人ノ占有ニ歸シタルモノト謂ハサルヲ得何トナレハ代理人ハ占有物ノ處分ニ關シテ爾後讓受人ノ命令ニ服從セサルヘカラサルニ依リ讓受人ハ其物ノ上ニ實力ヲ施シ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テナリ是民法第一八四條ニ規定スル所ナリ例之甲乙ヲシテ其所有ノ時計ヲ保管セシムル場合ニ之ヲ丙ニ賣渡シ丙ノ承諾ヲ得タル上乙ニ對シテ爾後其時計ヲ丙ノ爲ニ保管スヘキ旨ヲ命シタルトキハ時計ノ占有權ハ丙ニ移轉スルモノトス之ヲ稱シテ指圖ニ依ル引渡ト謂フ

第二 占有權移轉ノ效果

我民法カ占有權ノ移轉則繼承取得ヲ認メタルコトハ前述ノ如シ蓋占有ヲ以テ單純ナル事實トシテ之ヲ保護スルノ法制ニ於テハ一物カ轉讓シテ數人ノ占有ニ歸シタルトキハ占有ノ移轉カ當事者ノ意思表示ニ基因スルト否トニ拘ラス其占有ハ箇箇別別ノモノニシテ各占有者ハ其固有ノ占有ニ對シテ法律ノ保護ヲ受クルヲ原則トシ其前者ノ占有ニ伴フ利益ハ法律ノ特別規定ヲ待テ始テ享受シ得ヘキモノト爲ササルヲ得ス反之我民法ハ讓渡ニ因ル占有權ノ移轉ヲ認メタルヲ以テ此場合ニ於テハ舊占有者ノ占有權ニ

伴フ一切ノ利益ハ新占有者ニ於テ當然享クシ得ヘキモノト解釋スルヲ得ヘシ何トナレハ新占有者ハ舊占有者ノ占有權ヲ承繼スルモノニシテ新占有者カ舊占有者ノ占有權ニ伴フ利益ヲ享受スルコトヲ得ルハ占有權ノ承繼ヨリ生スル當然ノ結果ナルヲ以テナリ然レトモ他ノ一面ニ於テ占有權ハ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因テ之ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ新占有者カ舊占有者ヨリ物ノ引渡ヲ受ケ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ占有ヲ始メタル以上ハ其固有ノ占有ニ對シ別ニ新ニ占有權ヲ取得シタルモノトシ之ヲ保護スルハ占有權其モノノ性質ニ於テ敢不可ナシトス是民法第一八七條ノ規定アル所以ナリ此規定ニ依リ左ノ效果ヲ生ス

一 占有者ハ自己ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ得 占有權ハ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因テ之ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ占有者カ苟此要件ヲ充スニ於テハ其占有ニ對シテ法律ノ保護ヲ仰クコトヲ得ヘク其占有權取得ノ原始取得ナルト繼承取得ナルトハ之ヲ問フノ必要ナシ是故ニ占有者ハ權利承繼ノ結果占有權ヲ取得シタル場合ト雖前主ノ占有如何ニ拘ラス自己ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ妨ケサルモノトス是民法第一八七條第一項前段ノ規定アル所以ナリ例之前主ハ惡意若クハ過失アル占有者ナル場合ニ承繼人カ善意無過失ニテ占有ヲ始メタルトキハ承繼人ハ前主ノ占有ニ伴フ利益又ハ過失ノ瑕疵ハ必シモ之ヲ承繼スルコトヲ要セス善意無過失ノ占有者トシテ其占有ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得ヘシ

二 占有者ハ前主ノ占有ヲ自己ノ占有ニ併セテ主張スルコトヲ得 是權利承繼ノ關係ヨリ生スル結果ニシテ占有者ハ前主ノ占有權ヲ承繼シタル場合ニ於テハ其占有ハ即前主ノ占有ノ繼續シタルモノト見ルコトヲ得ヘレハ占有者ハ前主ノ占有ハ自己ノ占有ト包括シ之ニ隨伴スル法律上ノ利益ヲ要

求スルコトヲ得、ハシ是民法第一八七條後段ノ規定アル所以ナリ

第三 占有併合ノ要件

物ノ占有者ニ更迭ヲ生シタル場合ニ新占有者カ舊占有者ノ占有ヲ自己ノ占有ニ併合スルコトヲ得ルニハ左ノ條件ノ具ハルコトヲ必要トス

甲 新占有者ハ舊占有者ノ承繼人タルコト、第一八七條ハ單ニ承繼人ナル語ヲ用ヒタルヲ以テ其承繼人トハ一經承繼人及特定承繼人ヲ指セルモノト解セサルヘカラス故ニ舊占有者ノ相繼人、包括名義ノ受遺者ハ勿論賣買、交換、贈與其他ノ法律行為ニ基キ舊占有者ヨリ物ノ占有權ヲ讓受ケタル者ハ總テ其中ニ包含スルモノトス新占有者カ或法律行為ニ因リ物ノ占有權ヲ舊占有者ニ移轉シタル後其法律行為ノ取消解除ノ結果トシテ舊占有者ヲシテ占有物ヲ返還セシメタル場合亦同シ

本條ノ規定ニ依レハ特定承繼人ハ勿論一般承繼人モ亦其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ヲ主張シ又ハ前主ノ占有ヲ併セテ主張スルコトヲ得ヘシ是舊民法ト其規定ヲ異ニスル所ナリ舊民法及佛國民法ニ依レハ一般承繼人ハ先人ノ人格ヲ繼續シ法律上同一人ト看做サルヲ以テ一般承繼人ハ一方ニ於テ特ニ占有ヲ爲スヲ要セスシテ其先人ノ占有權ヲ承繼スルト同時ニ他方ニ於テ其固有ノ新占有ヲ始ムルコト能ハサルモノトセリ是主トシテ一般承繼人ト其先人トノ身分上ノ關係ニ著眼シタルモノナリ而シテ新民法ニ於テ一般承繼人ト特定承繼人トヲ區別セザリシハ占有ノ性質ニ重キヲ置キ一般承繼人ト雖其固有ノ占有ヲ始メタル以上ハ之ヨリ生スル利益ヲ享受スルヲ適當ナリト認メタルカ故ナリ

乙 新占有者ハ舊占有者ヲ全然援用スルコトヲ要ス 法律カ新占有者ニ舊占有ノ併合ヲ許スハ新占有ハ

舊占有ノ繼續スルモノト推定スルニ外ナラサルヲ以テ新占有者カ自己ノ占有ニ舊占有ヲ併合セントスルニハ舊占有ヲ其儘ニ援用セサルヘカラス隨テ其援用セントスル舊占有ニ惡意、過失、容假、強暴、隱祕等ノ瑕疵アルトキハ此等ノ瑕疵ヲモ併セテ承繼セサルヘカラス舊占有ニ於テ自己ニ利益ナル部分ノミヲ援用シ其不利部分ヲ棄ツルコトヲ得ヌ是第一八七條末項ニ規定スル所ナリ

丙 舊占有ト新占有ハ互ニ相繼續スルコトヲ要ス 舊占有ト新占有トノ併合ヲ許スハ新占有ハ舊占有ノ繼續スルモノト推定ニ外ナラサルコトハ前述ノ如クナルヲ以テ舊占有ト新占有トノ中間ニ於テ占有喪失ノ事實アルカ又ハ他ノ占有者カ介在スルニ於テハ新占有ハ舊占有ノ繼續ト看ル能ハサルヲ以テ之ヲ併合スルコト能ハサルハ明ナリ

終ニ占有併合ノ利害ニ付テ一言スルノ必要アリ占有ノ併合ニ關スル利害ノ問題ハ占有權ノ效力ヨリ生スル取得時効ニ關シテ生スルモノニシテ舊占有ニ容假、強暴又ハ隱祕ノ瑕疵アルトキハ新占有者ハ之ヲ自己ノ占有ニ併合スルニ付何等ノ利益ヲモ享タルコトヲ得ヌ何トナレハ此種ノ占有ハ取得時効ノ基本ト爲ルコト能ハサルヲ以テナリ反之舊占有ニ容假、強暴又ハ隱祕ノ瑕疵ナク且舊占有者カ善意ニシテ過失ナキ占有ナルニ於テハ新占有者ハ之ヲ援用スルニ於テ常ニ利益ヲ有スヘシ又舊占有者カ善意又ハ過失ノ占有ナル場合ト雖新占有者ハ之ヲ援用スルニ於テ利益ヲ有スルコトハ之アルヘシ例之舊占有者ハ惡意又ハ過失アル占有者ニシテ十五年間所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ爲シタル後新占有者カ善意、無過失ニテ其物ヲ讓受ケ五年間之ヲ占有シタルト假定センニ新占有者ハ舊占有ヲ主張スルニ於テ利益ヲ有スヘシ何トナレハ新占有者カ自己ノ占有ノミヲ主張スルトキハ五十年ノ後ニ非サレハ取得時効ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルモ舊占有者カ主張スルニ於テハ直ニ其物ノ所有權ヲ取得シ得ヘケレハナリ

第六項 占有權ノ變更

占有權ハ其喪失ヲ來スヘキ原因ノ生ゼサル限、永久ニ存續スルモノトス然レトモ占有權ハ依然トシテ存續スルニ拘ラス其性質ニ變更ヲ來スコトアリ予ハ今此點ニ付説明ヲ爲スニ當リ占有ノ瑕疵ニ付テ一言スルノ必要アリ何トナレハ占有權ノ變更トハ要スルニ其基本タル瑕疵ナキ占有カ瑕疵アル占有ニ變シ又ハ瑕疵アル占有カ瑕疵ナキ占有ニ變スルノ謂ニ外ナラサルヲ以テナリ

一 容假ノ瑕疵アル占有ノ意、義ニ依レハ物ヲ所持スル所以ノ意思又ハ實力ノ占有及行使ノ方法ニ存スル缺點ニシテ時効ニ因ル權利ノ取得ヲ妨クルモノヲ謂フ瑕疵ヲ分テ容假、隱秘、強暴ノ三種トス

二 容假ノ瑕疵アル占有ノ意思ニ關スル瑕疵ニシテ自主ニ對スル名稱ナリ占有者カ自己ノ爲ニ所有スルノ意思ナクシテ物ヲ所持スルトキハ其占有ハ容假ノ瑕疵アルモノトス代理人、事務管理人、受託者等他人ノ爲ノモノニ物ヲ占有スル者ノ占有ハ勿論自己ノ爲ニ物ヲ占有スル賃借人ノ占有モ亦容假ノ瑕疵アリトス

三 強暴ノ瑕疵アル占有ノ實力ノ取得及行使ニ關スル瑕疵ニシテ占有者カ暴行又ハ強迫ニ因テ物ノ上ニ實力ヲ占取シ之ヲ維持シタルトキハ其占有ハ強暴ノ瑕疵アルモノトス例之占有者ノ承諾ナキニ拘ラス腕力ヲ以テ占有物ヲ奪ヒ去リ占有者之ヲ回復セントスルニ當リ腕力ヲ以テ

之ヲ拒ムカ如シ
占有ニ關スル前掲三箇ノ瑕疵ハ占有者ヲシテ時効ニ因リ占有物上ニ權利ヲ取得スルコト能ハサラシムルモノナリ何トナレハ時効ニ因リ所有權ヲ取得スルニハ常ニ所有ノ意思ト平穩且公然ノ占有ヲ必要トスルヲ以テナリ

占有ノ瑕疵ハ廣キ意義ニ於テハ前三箇ノ瑕疵ノ外惡意、過失等占有ヲシテ完全ナル效力ヲ生スルコト能ハサラシムル一切ノ缺點ヲ總稱スルモノニシテ民法第一八七條ニ謂フ所ノ占有ノ瑕疵ハ此意義ヲ有スルモノナリ
以上説明スル所ニ依リ占有ノ瑕疵ノ何タルヤヲ知り得ヘシ是ヨリ進テ本項ノ目的タル占有權ノ變更ニ付説明スヘシ

一 容假ノ占有ハ左ノ場合ニ於テ自主占有ニ變ス
甲 占有者カ本人ニ對シテ所有ノ意思アルコトヲ表示スルコト 本人ニ對スル意思表示ヲ必要トスルハ本人ノ利益ヲ保護スルカ爲ニシテ斯クセサルニ於テハ容假ノ占有者ハ單ニ其意思ノ變更ノミヲ以テ何時ニテモ其容假ノ占有ヲ變シテ自主占有ト爲スコトヲ得ヘク本人ハ其知ラサル間ニ容易ニ占有權ヲ失フノ危險アルヲ以テナリ

乙 占有者カ新權原ニ基キ自主占有ヲ始ムコト 所謂新權原トハ買賣、贈與、交換、遺贈等所有權移轉ノ原因ヲ意味ス容假ノ占有者カ此種ノ原因ニ基キ自己ノ所有トシテ物ノ占有ヲ始メタルトキハ其原因カ本人トノ關係ニ於テ生シタルト第三者トノ關係ニ於テ生シタルトニ論ナク容假ノ瑕疵消滅シ其占有ハ自主占有ニ變スルモノトス但相續ハ一見所有權移轉ノ原因タルカ如シト雖相

續人ハ被相續人ノ人格ヲ承繼スルモノニシテ被相續人ト相續人トハ法律上同一人ト看做サルルニ因リ相續ヲ所有權移轉ニ關スル權原中ニ加ヘサルハ從來行レタル定說ニシテ新民法ノ解釋上ニ於テモ亦此說ニ從フヘキモノトス

容假ノ占有者ハ單純ノ意思ノ變更ニ依リ其占有ヲ變シテ自主占有ト爲スコトヲ得スト雖占有者カ其意思ヲ變更スルニ付正當ノ原因ヲ有スル以上ハ之ニ自主占有ノ恩典ヲ與フルモ不可ナシトス故ニ此場合ニ於テ自主占有ハ本人ニ對シテ之ヲ表示スルヲ必要トセス

二 隱祕ノ瑕玼ハ占有ノ關係ノ實力ノ行使カ公然ト爲ルニ因リ消滅ス詳言スレハ隱祕ノ占有ハ物ニ關スル實力ノ行使カ外形上ノ行爲ニ現レ利害關係人ニ於テ之ヲ認知シ得ヘキトキハ公然ノ占有ニ變シタルモノトス例之贓物ヲ隱匿シタル後更ニ公然之ヲ販賣スルカ如シ公然ノ占有ハ實力ノ行使ヲ祕シテ外形上ノ行爲ニ現ハササルニ因テ隱祕ノ占有ニ變ス例之占有者カ公然ノ時計ヲ携帶シタル後之ヲ篋底ニ隠スルカ如シ

三 強暴ノ瑕玼ハ占有者カ暴行又ハ強迫ヲ用ヒスシテ占有物ノ上ニ實力ヲ行使シ得ルニ至リタルトキハ消滅スルモノトス例之甲暴行、強迫ヲ以テ乙ノ地所ヲ占有シタル場合ニ甲カ暴行強迫ヲ以テ基占有ヲ保持スル間ハ其占有ハ強暴ノ瑕玼アル占有タルヲ免レス反之乙カ何等ノ要求ヲモ爲サス又之カ要求ヲ爲スモ甲ニ於テ暴行、強迫ヲ用ヒスシテ地所ノ占有ヲ保持シ得タルトキハ平穩ノ占有ニ變スルモノトス然レトモ其根原ニ於テ平穩ナル占有ハ之ヲ維持スルハ腕力ヲ以テスルモ之カ爲ニ強暴ノ

四 善意ノ占有ハ左ノ場合ニ於テ惡意ノ占有ニ變ス
甲 占有者カ物ヲ占有スルノ權利ナキコトヲ知リタルトキハ惡意ノ占有者トナル例之甲乙ノ所有スル時計ヲ丙ノ時計ナリト信シテ丙ヨリ買受ケ之ヲ所持スル場合ニ後ニ至リ其時計ハ乙ノ所有ナルヲ知リタルカ如シ
乙 占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ其起訴ノ當時ヨリ惡意ノ占有者ト爲ル前例ニ於テ乙甲ニ對シ時計取戻ノ訴ヲ起シ甲訴敗シタルトキハ甲カ其當時丙ノ所有ナルコトヲ確信シ居タルトキト雖起訴ノ當時ニ遡リテ惡意ノ占有者ト爲ルモノトス此場合ニ於テ何故ニ占有者カ實際善意ナルモ尚惡意ノ占有者ト看做サルルヤト云フニ占有物ニ關シテ本權ノ訴カ提起セラレタルトキハ占有者ハ其訴ニ於テ敗訴スルコトアルヘキコトヲ豫期セサルヘカラス且若此場合ニ於テ占有者ハ尚善意ナリトシテ法律ノ保護ヲ受クルモノトセハ占有者ハ訴訟終結ノ遲延ニ因テ利益ヲ受ケ真正ノ權利者ハ却之カ爲メ損害ヲ受ケヘキ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハナリ
惡意ノ占有者モ亦占有者カ後ニ至リ其占有ノ正當ノ權利ニ基キコトヲ信スルニ因リ善意ノ占有ニ變ス前例ニ於テ甲カ始メ乙ノ時計ナルコトヲ知リ丙ヨリ之ヲ買取リタルニ後ニ至リ丙ヨリ乙ノ賣渡證書ヲ示サレハ其占有ノ正當ノ權利ニ基キコトヲ信スルカ如シ
過失アル占有者ハ新權原ニ基キ過失ナクシテ新ニ占有ヲ始ムル同時ニ過失ナキ占有ニ變ス例之甲乙ニ其所有ノ時計ヲ賣渡シ乙之カ引渡ヲ受ケ丙ヲシテ保管ヲ爲サシメタル場合ニ丁善意ニ

ヲ其時計ヲ丙ヨリ買取り之ヲ所持スルモノト假定セシニ丁相當ノ注意ヲ爲スニ於テハ其時計ハ乙ノ所有タルコトヲ知り得ヘカリシトキハ丁ハ過失アル占有者ナリ然レトモ此場合ニ於テ丁更ニ新ニ乙ヨリ其時計ヲ買受ケタリトスルトキハ例之甲乙間ノ賣買力後ニ至リ取消サルコトアリトスルモ丁カ買受當時其取消ノ原因ヲ知ルコト能ハサリシトキハ丁ハ過失ナキ占有者トシテ法律ノ保護ヲ受クヘキモノトス故ニ丁ノ過失アル占有ハ乙ヨリ其時計ヲ買受タル時ヲ以テ過失ナキ占有ニ變スルモノトス

第五款 占有ニ關スル事實ノ推定

何人ト雖自己ノ利益ニ於テ或事實ノ存在ヲ主張スル者ハ其事實ヲ立證スルノ責アルハ證據法ノ原則ナリ故ニ法律カ或要件ヲ具備スル占有ニ對シテ多少重要ナル結果ヲ付スル場合ニ占有者カ自己ノ占有ニ其要件ノ具ハルコトヲ主張シ之ニ伴フ利益ヲ享受セントスルトキハ其要件ヲ構成スル事實關係ノ存在スルコトヲ證明セサルヘカラス於テ證據法ノ原則ヲ絕對的ニ占有ニ適用スルニ於テハ占有權者ハ多ク場合ニ於テ其主張スル事實ノ證明ヲ爲ス能ハサルカ爲メ其占有ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得サルノ結果ヲ生シ法律カ占有權ヲ認メ之ヲ保護スル所以ノ目的ヲ充分ニ達スルコト能ハサルニ至ルハシ於是法律ハ實際上ノ生活ニ於ル普通ノ經驗ニ基キ占有者ノ爲ニ諸般ノ推定ヲ設ケ占有者ヲシテ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得セシム民法第一八六條ノ規定是ナリ此規定ヨリ生スル結果左ノ如シ

第一 占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ占有スルモノト推定ス
占有者カ自己ノ爲ニ所有スルノ意思ヲ以テ所持スルコトヲ主張スルトキハ此意思ハ占有者ニ於テ證

明スルコトヲ必要トセス其占有ヲ以テ容假ノ占有ナリト主張スル者ニ於テ容假ノ事實ヲ證明セサルヘカラス是他トシ普通ノ經驗ニ依ルモノハ物ヲ占有スル人ハ多クハ自己ノ所有トシテ占有スルモノニシテ他人ノ爲ニ占有スルハ例外ニ屬スルヲ以テナリ

第二 占有者ハ善意ニ占有ヲ爲スモノト推定ス

善意ハ人類普通ノ狀態ニシテ惡意ハ例外ニ屬ス故ニ法律ハ普通ノ狀態ニ基キ占有者ハ善意ニ占有ヲ爲スモノト推定シ普通ノ狀態ニ反シテ占有者ヲ惡意ナリト主張スル者ヲシテ其事實ヲ立證スルノ責ヲ負ハシムルモノナリ

第三 占有者ハ穩當ニ占有ヲ爲スモノト推定ス

占有者カ穩當ニ占有ヲ爲スハ普通ノ狀態ニシテ強暴又ハ隱秘ニ依テ占有ヲ爲スハ例外ノ事實ナリ舊民法ニ於テハ公然ハ推定セスト規定シ占有者ヲシテ之ヲ證明スルノ責ニ任セシメタリ其理由ハ公然ハ積儀ノ事實ナルヲ以テ之ヲ證明スルコト容易ナリト云フニ在リ然レトモ事實ノ推定ハ必シモ證明ノ難易ノミニ依ルヘキモノニ非サルヲ以テ此推定ヲ設タルニ付前記ノ如キ正當ナル理由ノ存スル以上ハ之ヲ設タル現行民法ノ規定ヲ以テ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス

第四 前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス

例之占有者カ一月一日ニ物ノ占有ヲ爲シタル事實十二月三十一日ニ於テ其物ノ占有ヲ爲シタル事實トヲ證明スルトキハ占有者ハ一年内間斷ナク其物ヲ占有シタルモノト推定セラルモノトス此推定モ亦普通ノ經驗ニ基クモノニシテ前後兩時ニ於テ物ヲ占有スル人ハ多クハ繼續シテ其物ヲ占有スルモノナレハナリ

要之民法第一八六條ノ規定ニ依レハ占有者カ物ヲ所持スルノ事實即自然ノ占有ヲ舉證シ得タルトキハ完全無缺ノ占有者ナリト推定セラルルモノナリ然レトモ此推定ハ所謂一應ノ推定ニ過キサルヲ以テ反對ノ事實ヲ主張スル者ハ各種ノ證據方法ニ依リ此推定ヲ覆スコトヲ得ヘキハ勿論ナリ

第六款 占有權ノ效力

法律ハ占有ニ付スルニ重要ナル法律上ノ效果ヲ以テシ且占有訴權ニ依リ之ヲ保護スルハ如何ナル理由ニ基テヤ此問題ニ關シテハ學者間議論ノ一致セサル所ニシテ或者ハ占有ヲ保護スルハ占有者ノ意思ヲ保護スルニ在リト云ヒ或者ハ占有ヲ侵害スルハ一ノ不法行為ニシテ占有ノ保護ハ即不法行為ニ對シテ占有者ヲ保護スルニ外ナラスト云ヒ又或者ハ占有ハ常ニ所有權ニ伴フモノナレハ占有ヲ保護スルハ即所有權ヲ保護スル所以ナリト云ヒ其他種種ノ學說アリ然レトモ占有ヲ保護スル所以ノ理由ハ他ノ權利保護ト等タ人類社會ノ必要ニ存スルモノナリ蓋吾人人類ハ吾人カ事實上支配スル所ノ財產ヲ安全ニ且間斷ナク使用收益スルコトヲ得ルニ依テ生活ノ目的ヲ遂行スルコトヲ得ルモノニシテ他人カ來テ吾人ノ財產トノ間ニ存スル事實上ノ關係ヲ攪擾スルニ於テハ吾人ノ生活ニ關スル計畫上ニ阻礙ヲ來シ吾人ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘシ故ニ吾人ノ事實上ノ財產關係ヲ侵害セサルハ吾人ノ共同生活ノ必要條件ナリト認ハサルヘカラス是法律カ占有ヲ保護シ猥ニ之ヲ侵害スルコトヲ禁スル所以ナリ

占有ノ效力ニ關シテハ民法第一八八條乃至第二〇二條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ而シテ其效力ノ最重要ナルモノヲ(第一)權利ノ推定(第二)果實ノ取得(第三)權利ノ取得(第四)占有訴權(占有ノ保護)

ス今順次ニ此等ノ效力ニ付説明シ最後ニ(第五)所有者ト占有者トノ權利關係ニ付一言スヘシ

第一 權利ノ推定

占有者カ占有物上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス(一八八條)

占有權者ハ或權利ノ行使トシテ物ヲ占有スルモノナルコトハ占有權ノ性質ヲ説明スルニ當リ既ニ一言セル所ニシテ占有者ノ行使スル權利ハ適法ノ原因アリテ正當ニ之ヲ有スルモノト推定セラルルモノナリ例之占有者ハ自己ノ所有トシテ物ヲ占有スルトキハ占有者ハ反證ナキ限ハ正當ニ其所有權ヲ有スルモノト推定セラレ質物トシテ物ヲ占有スルトキハ正當ニ質權ヲ有スルモノト推定セラルルモノトス此推定モ亦普通ノ經驗ニ基クモノニシテ權利ト事實ト相伴フハ普通ノ狀態ナルヘタ權利ナクシテ其權利ヲ行フハ例外ノ事實ナルヲ以テナリ此規定ヨリ生スル結果トシテ占有者ハ本權ノ訴ニ於テ原告ノ地位ニ立ツト被告ノ地位ニ立ツトニ論ナク正當ナル權利者ナリト推定セラレ其權利ヲ説明スルコトヲ要セス占有者ニ權利ナシト主張スル相手方ニ於テ其事實ヲ立證スルノ責アルモノナリ而シテ相手方ノ立證カ其效ヲ奏セサルトキハ其訴訟ハ當然占有者ノ勝利ニ歸スヘキハ勿論ナリ是占有者ノ爲ニ一大利益ナリトス

第二 果實ノ取得

善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得ス
是民法第一八九條ニ規定スル所ニシテ占有者カ善意ナルトキハ真正ノ所有者ニ對シ占有物ヲ返還スル場合ト雖其取得シタル果實ハ之ヲ保有スルヲ得ヘシ蓋善意ノ占有者ハ正當ノ權利アリト信シテ物ヲ占有スルモノナレハ物ノ果實ヲ收取シ任意ニ之ヲ費消シ或ハ之ヲ賣却スル等諸般ノ用途ニ供スヘ

キハ自然ノ勢ニシテ占有者ハ此等ノ處分ヲ爲スニ付毫モ顧慮スヘキ理由ナシトス然ルモ一朝所有者ヨリ回復ノ請求ヲ受ケ其收取シタル果實ヲモ返還セサルヘカサルモノトセハ占有者ハ爲ニ測ノ損害ヲ被ルルニ至ルヘシ是占有者カ善意ナルトキハ其取得シタル果實ハ之ヲ返還スルヲ要セサルモノトス所以ナリ惡意ノ占有者ハ之ヲ異ナリ自己ニ權利ナキコトヲ知ルモノナレハ正當ノ權利者ヨリ返還ノ請求ニ對シ物ト果實トヲ併セテ返還スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ其現ニ收取シタル果實ハ勿論既ニ費消シ過失ニ因リ毀損シ又ハ收取ヲ怠リタル果實ノ代價ヲモ辨償セサルヘカラス何トナレハ惡意ノ占有者ハ其不正ノ占有ニ因リ真正ノ權利者ヲシテ果實ヲ取得スルコト能ハナラシメタルモノニシテ既ニ占有ノ權利ナキコトヲ知ル以上ハ一般ノ原則ニ從ヒ真正ノ權利者ニ對シテ責任ヲ負フヘキハ理ノ當然ニシテ之ニ對シテ恩典ヲ與フヘキ理由ナキヲ以テナリ強暴又ハ隱秘ニ依ル占有者モ亦然リ蓋此等ノ占有者モ亦其不正ノ占有ニ因リ真正ノ權利者ヲシテ其權利ヲ行使スルコト能ハナラシメタルモノナレハ法律上之ヲ保護スルノ必要ナシトス

第三

善意ノ占有者ハ民法第八九條ニ依リ占有物ノ果實ヲ取得ス即天然果實ハ占有物ヨリ分離サルニ因テ之ヲ取得シ其果實ノ現任スルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス又法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間ノ日割ヲ以テ之ヲ取得ス

占有者カ果實ヲ取得スルニハ占有ノ始ニ於テ善意ナルヲ以テ足レリトセス占有ノ當時善意ナルモ其後ニ至リ惡意ト爲ルトキハ其以後果實取得ノ權利ヲ失フモノトス

第三權利ノ取得
或權利ノ行使トシテ有體物ヲ占有スル者ハ法定ノ要件ヲ具備スルト共ニ占有物上ニ其權利ヲ取得ス

而シテ權利取得ノ要件ハ占有物カ不動産タルト動産タルトニ因リ異ルモノトス

甲 不動産ノ占有者カ二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタルトキハ其所有權ヲ取得ス(一六二條一項)占有者カ其占有ノ始メ善意ニシテ過失ナキトキハ其期間ハ十年ニ短縮ス(一六二條二項)地上權、永小作權其他ノ權利行使トシテ不動産ヲ占有スル場合亦同シ(一六三條)

乙 動産ニ付テモ亦民法第一六二條第一項ノ規定ヲ適用スヘキモノトス即其占有者カ占有ノ始ニ於テ惡意又ハ過失アルトキハ二十年ヲ以テ其所有權ヲ取得スルモノトス

動産ノ占有者カ占有ノ始メ善意ニシテ過失ナキトキハ其占有ハ重要ナル効力ヲ生ス民法第一九二條ノ規定即ニ此場合ニ於テ占有者ハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス是動産ニ關シテハ占有ノ權利ニ等シト云ヘル格言アル所以ナリ故ニ所有ノ意思ヲ以テ公然且平穩ニ動産ヲ占有セル者カ占有ノ始メ善意、無過失ナルトキハ直ニ其所有權ヲ取得シ又質物トシテ占有シタルトキハ直ニ其物ノ上ニ質權ヲ取得スルモノトス例之甲其所持スル時計ノ保管ヲ乙ニ委託シタルニ乙甲ノ信用ニ背キ其時計ヲ自己ノ所有ナリトシテ丙ニ賣渡シ丙ハ善意、無過失ニテ其引渡ヲ受ケ之ヲ占有シタルト假定セシニ純理ヨリ言フトキハ時計ノ賣主タル乙ハ自己ノ有セサル時計ノ所有權ヲ丙ニ讓渡スルコト能ハサルヲ以テ丙ハ此賣買ニ因リ時計ノ所有權ヲ取得スルコト能ハサルヲ明ナリ然レトモ丙ハ民法第一九二條ノ規定ニ依リ其本來取得スルコトヲ得サル時計ノ所有權ヲ取得シ乙丙間ノ賣買ハ完全ニ其效力ヲ生スルモノナリ蓋動産ノ取引ニ關シテハ占有者ヲ以テ正當ノ權利者ト看ルノ外ナク隨テ其取引ハ通常占有ノ移轉即引渡ニ因テ行ルモノナレハ善意ノ占有者カ

過失ナクシテ物ノ引渡ヲ受ケ之ヲ占有シタル以上ハ之ヲ保護シ占有者ヲシテ其正當ニ豫期シタル權利ヲ取得セシムルヲ必要トス何トナレハ斯クセサルニ於テハ動産ニ關スル取引ノ安全ハ到底期スヘカラサルヲ以テナリ又他方ニ於テ物カ善意ノ占有者ノ占有ニ歸スルニ付テハ所有者ニ過失アリト謂ハサルヲ得何トナレハ所有者ニシテ物カ第三者ノ占有ニ歸スルコトヲ豫防セントスルハ自ら其物ヲ占有セタルヘカラス又既ニ他人ヲ信シテ物ヲ占有セシムル以上ハ其人ヲ信シタルカ爲ニ生シ結果ハ之ヲ甘受セタルヘカラサルヲ以テナリ
占有者カ第一九二條ノ利益ヲ享受スルニハ其占有カ占有ノ當時平穩且公然ナルコト及占有者カ善意無過失ナリシコトヲ必要トス然レトモ此要件ヲ具備スルニ於テハ占有者ハ直ニ物ノ上ニ權利ヲ取得スルヲ以テ其以後ニ生シタル占有ノ性質ノ變更ハ毫モ其權利ニ消長ヲ來ササルモノトス第一九二條ノ規定ヨリ生スル當然ノ結果トシテ物ノ所有者ハ占有者ニ對シテ其回復ヲ請求シ得ルコト爲ルヘシ何トナレハ占有者カ新ニ其物ノ上ニ權利ヲ取得スルト同時ニ舊所有者ハ其權利ヲ失フヘケレハナリ但占有者カ質權又ハ其他ノ權利ヲ取得シタルトキハ所有者ハ此等ノ權利ノ爲ニ其所有權ヲ制限セラルルモ全ク之ヲ失フコトナキハ勿論ナリトス又占有者カ物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ舊所有者トノ關係上物ノ上ニ存在セル第三者ノ權利モ亦同時ニ消滅ニ歸スルモノトス是他ナシ占有者ハ新ニ物ノ上ニ所有權ヲ取得スルモノニシテ舊所有者ノ權利ヲ承繼スルモノニ非サルヲ以テナリ

占有者カ占有物上ニ權利ヲ取得スルト同時ニ所有者ハ其權利ヲ喪失シ占有物ノ回復ヲ請求スルコト能ハサルハ前述ノ如シ然レトモ此原則ニハ例外アリ即左ノ如シ

一 占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキ
是民法第一九三條ニ規定セル所ニシテ所有者ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間ハ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是他ナシ盜難及遺失ノ場合ニハ物ノ所有者ハ意思ナクシテ其占有ヲ失ヒタルモノニシテ所有者ハ時ニ或ハ盜難ニ罹リ又ハ其物ヲ遺失スルコトヲ免ル能ハサルヲ以テ此場合ニ於テ所有者ヲシテ直ニ其權利ヲ喪失セシムルハ苛酷ナルヲ以テ之ヲ保護スルノ精神ニ出テタルモノナリ所謂盜品中ニハ單ニ強姦ノ贓物ミテ包含スルモノニシテ委託物費消詐欺取財等其ノ犯罪ニ關スル物件ハ其中ニ含蓄セス蓋此等ノ場合ニ於テハ所有者ハ任意ニ其所有物ノ占有ヲ移轉シタルモノニシテ盜難ノ遺失ニ於ルカ如ク意思ナクシテ占有ヲ失ヒタルモノニ非サルヲ以テナリ又遺失品中ニハ所有者カ其遺失ニ因テ占有ヲ失ヒタル物品ハ勿論災難變ニ因リ意思ナクシテ占有ヲ失ヒタル物品ヲモ包含スルモノトス
右ノ如ク盜品及遺失品ニ對シテハ所有者ハ二年間占有者ニ對シテ回復ヲ請求シ得ヘシト雖占有者カ發覺又ハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ之ヲ買受ケタルトキハ占有者ハ其物品ノ性質ニ付疑ヲ容ルヘキ理由ナキヲ以テ占有者ニ過失ノ責ナキモノト謂ハサルヲ得然ルニ此場合ニ於テ所有者カ無條件ニテ其物品ヲ回復シ得ヘシトスルトキハ占有者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ取引ノ安全ヲ害スルノ恐アリ故ニ所有者カ其物品ノ回復ヲ請求スルトキハ占有者ニ對シテ其支拂ヒタル代價ヲ辨償セサルヘカラス是民法第一九四條ニ規定スル所ナリ
二 占有物カ他人ノ飼養セシ家畜外ノ動物ナルトキ
他人ノ使用セシ家畜外ノ動物ヲ占有シタル者ハ其動物ノ逃走シタル時ヨリ一個月ノ後ニ非サレハ動物ノ上ニ權利ヲ取得セス(一九五條)是家畜外ノ動物ハ逃走シ易キ性質ヲ有スルヲ以テ占有者カ逃走シタル動物ノ上ニ直ニ權利ヲ取得スルニ

於テハ動物ノ所有者ハ容易ニ其權利ヲ失フニ至ルヘキヲ以テ所有者ニ與フルニ一個月ノ猶豫期間ヲ以テシ其間ニ動物ヲ搜索シテ之ヲ回復スルコトヲ得セシメタルモノナリ故ニ占有者ハ一個月内ニ所有者ノ請求アルトキハ之ヲ返還スルノ義務アリ此期限ノ經過ヲ俟テテ始メテ動物ノ上ニ權利ヲ取得スルモノトス民法第一九五條ニハ「其占有ノ始メ善意ニシテ」規定シ占有者ニ過失アリタルヤ否ヤヲ區別セシメ是家畜外ノ動物ハ通常所有者ナキモノト認メ得ヘク且其動物ニ所有者アリタルヤ否ヤヲ探究スルコト頗難キヲ以テ此種ノ占有ニ關シテハ占有者ハ善意ナリシコトノミヲ以テ足レリトシ其過失ノ有無ハ強テ問ハサルモノナリ

第四 占有權

占有權トハ法律カ占有ヲ保護スル爲ニ占有者ニ付與スル所ノ訴權ナリ抑占有ハ本來一ノ事實ニ過キスト雖法律ハ之ニ付スルニ重要ナル效果ヲ以テシ且之ヲ侵害スル者アルニ於テハ他ノ權利侵害ノ場合ト等ク占有者ヲシテ訴訟ノ方法ニ依リ其救済ヲ裁判所ニ求ムルコトヲ得セシム我民法カ占有ヲ以テ單ニ純然タル事實上ノ狀態ト爲サシテ占有權ナル名稱ノ下ニ之ヲ一ノ權利トシタル所以ノ主タル理由ハ實ニ此點ニ在テ存スルモノナリ然レトモ占有ハ物ニ關スル現實ノ支配ニシテ實體上ノ權利ノ行使ニ外ナラス占有權ハ即占有ニ伴フ權利ニシテ法律上物ヲ支配スルコトヲ得ヘキ實體上ノ權利其性質ヲ異ニスルコトハ既ニ一言セル所ナリ是ヲ以テ占有權ト實體上ノ權利トハ其效力ヲ異ニシ占有訴權ト本權ノ訴權トハ其效用ヲ異ニスルノ結果ヲ生スルモノトス予ハ今ヨリ第一、占有訴權ヲ行使シ得ヘキ人第二、占有訴權ノ種類第三、占有訴權行使ノ要件第四、占有訴權ト本權訴權トノ關係ニ區別シテ論セントス

一 占有訴權ヲ行使シ得ヘキ人 占有權ハ占有ノ保護ヲ目的トスルヲ以テ自己ノ爲ニ物ヲ占有スル法律上ノ占有者カ權利ヲ行使シ得ヘキハ論ヲ俟クス何トナレハ占有訴權ハ正ニ此等ノ占有者ノ爲ニ設ケラレタルモノナレハナリ以テ他人ノ爲ニ占有ヲ爲ス者ハ純然タル占有者ニ非ザルヲ以テ

此權利ヲ行使スルコト能ハサルカ如シ然レトモ占有訴權ノ行使ハ極テ迅速ヲ要スルヲ以テ純然タル占有者ノ外ハ此權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトスルトキハ占有保護ノ目的ヲ充分ニ達スル能ハサルニ至ラン而シテ他人ノ爲ニ現ニ占有ヲ爲ス者ハ速ニ占有訴權ヲ提起スルコトヲ得ルノ地位ニ在ルノミナラス物ノ占有ニ關シテハ本人タル占有者ニ對シ責任ヲ負フヲ以テ此等ノ人モ亦占有訴權ヲ行使シ得ヘキモノト爲ス至當ナリトス是第一九七條末段ノ規定アル所以ナリ然レトモ此等ノ人ハ自己ノ爲ニ占有訴權ヲ行使スルニ非スシテ本人タル占有者ニ代リテ此權利ヲ行フニ過キサルモノトス

二 占有訴權ノ種類

占有ノ訴ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得占有保持ノ訴占有保全ノ訴及占有回復ノ訴即チ是ナリ

甲 占有保持ノ訴 占有保持ノ訴ハ占有者カ其占有ヲ妨害セラレタル場合ニ起スル所ノ訴ニシテ妨害ノ停止及妨害ニ因テ生タル損害ノ賠償ヲ目的トスルモノナリ
妨害トハ占有者ヲシテ物ノ上ニ實力ヲ施スコトヲ得サシムヘキ有形的ノ障害ヲ云フ例之占有者ノ承諾ナクシテ其邸宅内ニ立入り占有者ノ地面ニ建物ヲ突出セシメ又ハ液體ヲ流下セシムルカ如シ

占有者カ第三者ノ所爲ニ依リ占有ヲ妨害セラレタルトキハ妨害者ニ對シテ將來ニ向テ其妨害ヲ止メ

0150

民法物權第一部 各論 占有權

ヲ義務ヲ負フコトナシ

三 占有權行使ノ要件 從來ノ立法例及舊民法ニ依レハ占有者カ占有權ヲ行フニハ數多ノ要件ヲ必要トシタリ例之占有者カ此訴權ヲ行使スルニハ其占有カ平穩且公然ナルコトヲ必要トシ或ハ又其占有ニハ回收訴權ノ原因トナルヘキ瑕疵ナキコトヲ必要トスルカ如シ然レトモ新民法ハ總テ此等ノ條件ヲ廢シ占有者ニシテ占有權ヲ有スルニ於テハ常ニ占有訴權ヲ行使シ得ヘキモノトシ唯此權利ノ行使ニ付キ期間ノ條件ヲ設ケ一定ノ期間ヲ經過スルトキハ占有者ハ最早占有訴權ヲ行使スルコト能ハサルモノト爲セリ以下此點ニ付説明スヘシ

(一) 占有保持ノ訴 占有保持ノ訴ノ提起ハ左ノ期間ニ從フヘキモノトス

甲 占有者ハ妨害ノ存スル間ハ常ニ占有保持ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ而シテ其妨害カ何時ニ始マ

リ又幾許ノ期間ヲ經過シタルキハ之ヲ問フコトヲ要セス

乙 妨害止ミタルトキハ占有保持ノ訴ハ妨害ノ止ミタル時ヨリ一箇年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス故ニ此期間ヲ經過シタルトキハ占有者ハ最早占有訴權ヲ行フコトヲ得ス蓋妨害者カ一年ノ久シキ間妨害ヲ爲ササルトキハ最早妨害ヲ爲スノ意思ナキモノト看ルヲ得ヘク隨テ占有物ハ其本然ノ狀態ニ復シタルモノナレハ之ニ對シテ救済ヲ求ムルノ必要ナキヲ以テナリ故ニ占有者ハ爾後本權ノ訴ニ依ルニ非サレハ妨害ニ對スル救済ヲ求ムルコトヲ得ス

以上甲乙ニ掲タル所ノモノハ占有保持ノ訴ノ提起ニ付遵守スヘキ普通ノ期間ナリトス然レトモ

此原則ニハ例外アリ次ニ掲タルモノ是ナリ
丙 占有ハ妨害カ工事ニ基因スルトキハ保持訴權ノ行使ハ特別ノ期間ニ從フモノトス所謂工事ト

ハ家屋其他ノ建物ノ建築、堤防、溝渠ノ築造等ヲ云フ占有妨害ノ問題ハ主トシテ此種ノ工事カ隣接セル二箇ノ不動產ノ境界ニ接近シテ起セラルル場合ニ於テ生スルモノトス例之家屋ノ屋根ヲ隣地內ニ突出セシメ又ハ建物ノ建築ニ付キ法定ノ距離ヲ存セサルカ如シ

占有ノ妨害カ工事ニ基因スルトキハ占有訴權ノ行使ハ左ノ期間ニ從フヘキモノトス

(イ) 占有者ハ工事著手ノ時ヨリ一箇年內ニ占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ要ス 民法ハ工事著手ノ時ヲ以テ一箇年ノ期間ノ起算點ト爲シタルヲ以テ妨害ノ事實カ工事著手ノ時ニシタル

ト其後ニ生シタルトハ訴權行使ノ期間ニ影響スル所ナシ是舊民法ト其規定ヲ異ニスル所ニシテ舊民法ハ妨害ノ生シタル時ヲ以テ期間ノ起算點トナシタル而シテ實際ニ於テハ妨害ノ事實カ工事著手後ニ於テ生スルコトアルハ往往ニシテ之アリ然ルニ此場合ニ於テモ尙占有訴權行使ノ期

間ヲ工事著手ノ時ヨリ起算スルハ穩當ヲ失スルノ感ナキ能ハス

(ロ) 工事竣成シタルトキハ占有者ハ占有保持ノ訴權ヲ行フコトヲ得ス 占有者カ新工事ノ爲ニ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有者ハ占有保持ノ訴權ヲ行フコトヲ得ス 占有者カ新工事ノ爲更テ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ工事落成シタル後若クハ工事カ著テ進步シタル後ニ於テ其取拂又ハ變更ヲ爲スニ於テハ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ占有者ヲシテ此權利ヲ行使セ

シムルハ公益ニ害アリト認メタルモノナリ

第二〇一條第一項但書ノ規定ハ新工事ヲ保護スルヲ目的トスルモノナルコトハ其文意ニ徴シテ明ナリ故ニ此規定ハ其工事ノ不完全ナルカ爲ニ占有ヲ妨害シタル場合ニ適用スルコト能ハサルモノト論スルコトヲ得ヘシ例之家屋カ腐朽シ若クハ其構造ノ不完全ナルカ爲ニ傾斜シ又ハ崩壞

シタルトキ或ハ堤防カ破壊シテ隣地ノ占有ヲ妨害シタル場合ニ於テハ占有者ハ常ニ占有訴權ノ方法ヲ以テ妨害ノ排除ト損害ノ賠償ヲ求ムルノ權利アリト信ス何トナレハ此等ノ場合ニ於テ占有訴權ノ行使ヲ許スモ毫モ經濟上不利ナル結果ヲ生ゼサルヲ以テナリ

(一) 占有保全ノ訴 占有保全ノ訴ハ妨害ノ危險存スル間ハ之ヲ提起スルコトヲ得但新工事ニ依リ占有物ニ損害ヲ生スル虞アルトキハ占有者ハ工事著手時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其工事竣成セルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(二) 一條二項然レトモ妨害ノ危險ハ家屋、堤防其他ノ建築物カ傾斜若クハ崩壊セントスル場合ニ於テモ亦生スルモノナルヲ以テ此等ノ場合ニ於テハ家屋堤防其他ノ建築物カ新ニ築造セラレタルト否トニ拘ラス損害ヲ豫防スルカ爲メ常ニ占有訴權ヲ行使シ得ヘキモノトスルヲ正當ナリトス

(三) 占有回收ノ訴 占有回收ノ訴ハ占有侵害ノ時ヨリ一年ノ期間内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス(二) 一條三項故ニ占有者カ第三者ノ爲ニ占有ヲ侵害セラレタル場合ニ侵害ノ時ヨリ一年内ニ占有回收ノ訴ヲ提起シテ占有物ヲ取戻サルトキハ占有者ハ最早占有物ヲ回收スルコト能ハサルヲ以テ確定ス其占有ヲ失フト同時ニ其占有權ハ全ク消滅スルモノトス

ルヲ以テ確定ス其占有ヲ失フト同時ニ其占有權ハ全ク消滅スルモノトス

占有訴權ハ實際上ノ必要ヨリ現在ノ狀態ヲ維持シ社會ノ平和ヲ保ツテ以テ目的トスルコトハ前既ニ一言セル所ナリ而シテ占有者カ其占有ヲ侵害セラレタル後直ニ回復ヲ爲サシテ其狀態ヲ確定セシメタルトキハ社會ノ平和ヲ保ツカ爲メ新ニ生ジタル狀態ヲ維持スルノ必要ヲ生ス故ニ占有者カ其占有ニ付法律ノ保護ヲ受クル所以ノ理由ハ又占有者ヲシテ此保護ヲ失ハシムル理由ト爲ルモノナリは何レノ國ニ於テモ占有權行使ノ期間ヲ制限シ此期間經過後ハ新占有ヲ保護シ舊占有者

ヲシテ占有訴權ヲ行使スルコトヲ得セシメサル所以ナリ新民法モ亦同一ノ理由ニ基キ回收訴權ノ行使ヲ一年ニ制限シタリ蓋此期間ノ經過ト共ニ新ナル狀態確定スルモノニシテ侵害者ハ其以後純然タル占有權者トシテ法律ノ保護ヲ受クルモノトス

四

占有訴權ト本權訴權トハ關係ノ占有訴權ハ占有ニ基因シ物ニ關スル實力關係ヲ保護スルヲ目的トシ本權訴權ハ實體上ノ權利ニ基因シ物ニ關スル實體上ノ權利關係ヲ定ムルヲ目的トス今此二訴權相互ノ關係ヲ略述スルトキハ左ノ如シ

(一) 占有ノ訴ト本權ノ訴ハ訴訟手續ヲ異ニス 占有ノ訴ハ單ニ現在ノ狀態ヲ維持スルヲ目的ト

シ且迅速ニ結了スルコトヲ望ムモノナルカ故ニ訴訟物ノ價額如何ニ拘ラス常ニ區裁判所ノ管轄ニ屬シ訴訟手續ハ簡易ナリ反之本權ノ訴ハ目的物ノ價額ニ從ヒ時トシテハ區裁判所ノ管轄ニ屬シ時トシテハ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ其訴訟手續ハ比較的鄭重ナリトス且占有ノ訴ニ在テハ當事者ハ單ニ占有ノ事實ヲ證明スルノミヲ以テ足ルト雖モ本權ノ訴ニ於テハ實體上ノ權利ヲ證明スルノ必要アリ而シテ占有ノ事實ハ之ヲ證明スルコト容易ナルモ實體上ノ權利ハ之ヲ證明スルコト難キヲ以テ訴訟ノ目的ヲ達スルノ點ニ於テ其難易ヲ異ニスルノ結果ヲ生ス是以テ物ノ占有者カ同時ニ其所有者ナルトキハ占有ノ侵害ニ對シ速ニ救済ヲ得ントセハ占有訴權ヲ行使スルヲ利アリトシ占有ノ侵害カ物ニ關スル實體上ノ權利ノ主張ニ基因シ此權利關係ヲ確定スルノ必要アルトキハ本權ノ訴權ニ依ルヲ可ナリトス

(二) 本權ノ訴ト占有ノ訴ハ兩立シ得ヘキモノトス 是民法第二〇二條ニ規定スル所ナリ蓋占有權ト實體上ノ權利トハ兩立シ得ヘキモノニシテ物ノ所有者カ同時ニ物ノ占有者ナルトキハ所有者

ハ所有權ト占有權ト併セテ有スルモノトス其他物ノ占有ヲ必要トスル物權ニ付テモ亦然リトス而シテ本權ノ訴ト占有ノ訴ハ其目的ヲ異ニシ其效用ヲ異ニスルヲ以テ權利者ハ此二箇ノ訴權ヲ併セテ行使シ得ヘク其一ヲ行フニ因リテ他ハ一ヲ失フコトナシ故ニ占有者カ其占有ニ基キ占有回復ノ訴ヲ提起シ其訴ニ於テ敗訴シタルトキト雖更ニ所有權ヲ基本トシテ所有物回復ノ訴即本權ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又本權ノ訴ニ於テ敗訴スルモ占有ノ訴ニ於テ勝訴者トナルコトヲ妨ケナシモノトス

(三) 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス 占有訴權ハ占有ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ占有カ正當ノ權利ニ基キテ否ヤハ占有訴權ノ行使ニ毫モ影響スルコトナキハ上來説明スル所ニ依テ明ナリ故ニ占有ノ訴ノ提起セラルルニ當リ被告ハ物ニ關スル實體上ノ權利カ自己ニ屬スルヲ理由トシテ原告ノ請求ヲ拒ムヲ得ス何トナレハ占有訴權ハ實體上ノ權利ノ所在如何ヲ問ハス物ニ關スル現狀ヲ維持スルコトヲ目的トスルハ前述ノ如クナルヲ以テナリ是ヲ以テ被告カ實體上ノ權利ヲ以テ抗辯トシタル場合ニ被告カ直ニ其權利ヲ證明シ得ヘキト雖其抗辯ハ占有ノ訴ニ於テハ許サヘカラサルモノトシテ之ヲ排斥スルコトヲ要ス是占有ノ訴ト本權ノ訴トハ併合審理トハ之ヲ併合スルコトヲ得スト云ヘル格言アル所以ナリ故ニ占有ノ訴ト本權ノ訴トハ併合審理ヲ爲スコト能ハサルハ勿論本權ノ訴ノ落著迄占有ノ訴ヲ中止スルヲ得ス本權ノ訴カ前ニ提起セラレタル場合ト雖尙然リトス蓋占有ノ訴ハ迅速ニ終了スルコトヲ必要トスルモノニシテ其終結カ遲延スルトキハ占有訴權ノ效用ハ大ニ減殺セララルモノナリ故ニ舊民法ハ占有ヲ保護スルノ精神ヨリ本權ノ訴ハ占有ノ訴ノ終結迄中止スヘキモノト規定セリ然レトモ新民法ハ此規定ヲ削除シタルヲ

第五

甲

以テ占有ノ訴ト本權ノ訴カ同時ニ裁判所ニ繫屬スルトキハ此二箇ノ訴ハ各獨立シテ進行スルコトヲ得ヘク本權ノ訴カ占有ノ訴ニ先テ終結スルコトヲ妨ケサルモノトス

所有權ト占有者間ノ權利關係

占有者ノ義務(所有者ノ權利) 所有者ハ所有權ニ固ニ有ナル權利ニシテ物ヲ占有スルノ權利有者ハ占有物ヲ返還スルノ義務アルコトヲ證明ヲ要セスシテ明ナリ然レトモ所有者ニ對スル占有者ノ義務ハ占有者カ善意ナルト惡意ナルトニ從ヒ其範圍ヲ異ニスルヲ以テ予ハ善意ノ占有者ト惡意ノ占有者ニ區別シテ此點ニ付説明セントス

(一) 善意ノ占有者ハ回復ノ請求ヲ受ケタル當時ノ狀態ヲ以テ占有物ヲ所有者ニ返還スルノ義務ヲ負フ 此原則ヨリ發生スル結果トシテ占有物カ占有者ノ占有中滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損カ占有者ノ故意過失ニ因ルト否トヲ問ハス占有者ハ之ニ對シ賠償ヲ爲スルノ責任シ是

他ナシ善意ノ占有者ハ正當ノ權利アリト信シテ物ヲ占有スルモノナレハ占有物ニ關スル故意又ハ過失ニ付他人ニ對シテ責任ヲ負フニ至ルヘキコトヲ豫期スルノ理由ナク從テ善意ノ占有者ヲシテ故意過失ノ責任ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テナリ然レトモ容假ノ占有者ハ之ニ異リ占有物カ其責任ニ歸スヘカラサル事由ニ因テ滅失又ハ毀損シタルトキハ「物」ノ所有者ニ「死ス」ノ原因則ニ從ヒ之ニ對シテ何等ノ責任ヲ負ハスト雖其故意過失ヨリ生シタル占有物ノ滅失又ハ毀損ニ對シテハ賠償ノ責任カレサルモノトス何トナレハ容假ノ占有者ハ他人ノ所有トシテ物ヲ占有スルモノナレハ物ノ所有者ニ對シテ故意過失ノ責任ニ任スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ニシテ

其所有物ノ甲ナルト乙ナルトハ占有者ノ責任ニ何等ノ影響ヲ及ボササルヲ以テナリ
善意ノ占有者ハ其所爲ヨリ生シタル占有物ノ滅失又ハ毀損ニ對シテ責任ナシト雖占有物ニ關シ
テ受ケタル利益ハ不當利得ノ原則ニ從ヒ之ヲ所有者ニ償還スルコトヲ要ス例之占有物カ家屋ナ
ルトキ占有者カ之ヲ賣却シテ其代價ヲ領收シ又ハ家屋カ第三者ノ所爲ニ因テ毀損又ハ滅失シタ
ル場合ニ其賠償金ヲ受取リ又ハ暴風、震災ノ爲ニ家屋カ破壊シタル場合ニ其木材ヲ賣却シテ其
代金ヲ領收シタルトキハ其領收セシ金額ヲ所有者ニ賠償スルコトヲ要ス但占有者カ利得返還ノ
義務ヲ負フニハ所有者ヨリ請求ヲ受ケタル當時ニ於テ其利得カ向現在スルコトヲ必要トシ其既
ニ費消シタル部分ニ付テハ返還ノ義務ナキモノトス何トナレハ善意ノ占有者ハ其占有物ヨリ生
スル利益ヲ任意ニ消費スヘキハ當然ニシテ既ニ消費シタル利益ヲモ返還セシムルニ於テハ占有
者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘケレハナリ
(二) 惡意ノ占有者ハ其故意過失ヨリ生シタル占有物ノ毀損滅失ニ對シテ其責任スヘキモノト
ス占有物カ占有者ハ故意過失ニ因リ滅失又ハ毀損シタルトキハ占有者ハ其滅失毀損ニ對シテ全
部ノ賠償ヲ爲スノ義務アリ是惡意ノ占有者ハ自己ニ權利ナキコトヲ知ルヲ以テ真正ノ所有者ニ
對シ故意過失ノ責任スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テナリ而シテ占有者ニ過失ア
リタルヤ否ヤハ一般ノ原則ニ從ヒ占有者カ占有物ノ保管ニ付善良ナル管理者ノ注意ヲ爲シタル
ヤ否ヤヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス
占有物ノ滅失毀損カ占有者ノ責任ニ歸スヘカサル事由ヨリ生シタルトキハ占有者ハ「物ハ所有
者ニ死ス」トノ原則ニ從ヒ責任ヲ免カル然レトモ占有物ノ滅失毀損カ所有者ノ請求後ニ生シタ

ルトキ即占有者カ遲滞ニ在ルトキハ占有者ヲシテ其責任セシムルヲ相當トス然レトモ占有者
ハ占有物カ所有者ノ手ニ在ルモ等ク滅失スヘカリシコトヲ證明シテ其義務ヲ免カルコトヲ得
ヘキハ論ヲ俟タス
同一ノ理由ニ因リ惡意ノ占有者ハ占有物ヨリ受ケタル一切ノ利益ヲ所有者ニ返還スルノ義務ヲ
負フモノニシテ其利益ノ現存スルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルナリ蓋惡意ノ占有者ニ對シテハ民法第
七〇四條ノ規定ヲ適用スヘキモノニシテ占有者ハ其得タル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ所有者ニ返
付スルコトヲ要スルノミナラス尙他ニ所有者ニ對シテ損害ヲ與ヘタルトキハ其損害ヲ合併セテ
賠償スルノ義務ヲ負フモノトス

乙

所有者ノ義務
所有者ハ占有者ニ對シ占有物ニ關シテ占有者ノ支出シタル費用ヲ賠償スルノ義務アリ是第一九六
條ニ規定スル所ナリ同條ハ費用償還ノ義務ニ付占有者ノ意思ノ善惡ヲ區別セス唯必要費ト有益費
トヲ區別シテ其範圍ヲ定メタリ即左ノ如シ
(一) 所有者ハ占有物ノ保存ニ爲スニ必要ナル金額(即保存費)其他ノ必要費ヲ償還スルコトヲ要ス
保存費トハ占有物ヲ其本來ノ狀態ニ於テ維持スルカ爲メ即占有物ノ毀損滅失ヲ預防スルカ爲メ
要シタル費用ヲ云フ例之占有物ノ修繕ノ如シ其他ノ必要費トハ占有物ノ管理上缺タヘカラサル
費用ヲ云フ例之占有物ノ保管費、租稅稅其他占有物ノ負擔ニ屬スル費用ノ如シ此二種ノ費用ハ
單ニ必要費ト稱ス蓋第一種ノ費用ハ占有物ヲ保存スルカ爲メ必要ニシテ第二種ノ費用モ亦物ノ
性質上之ヲ節約スルコト能ハサルモノナレハ占有者ニシテ之ヲ支出シタル以上ハ所有者ハ之ヲ

償還スルノ義務アリトス(一九六條一項前段)必要費ハ又之ヲ非常費ト通常費(又ハ臨時費)ト區別スルコトヲ得非常費ト非常ノ出來事ヨリ生スル費用ヲ云フ例之家屋カ腐朽シ又ハ水地震災ノ爲ニ大破シタル場合ニ其大修繕ヲ爲スカ爲ニ出費スルカ如シ通常費ハ物ノ保存管理上日常必要ナル費用ヲ云フ例之家屋ノ小修繕ヲ占有物ノ保管ノ爲ニ要スル費用及ヒ租税等ノ如シ而シテ第二種ノ費用ハ通常占有物ヨリ生スル收益ノ之ニ充テラフ以テ占有者カ果實ヲ取得シタルトキハ費用ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス(一九六條一項後段)

(二) 占有者カ占有物ノ改良ノ爲ニ費シタル金額ノ他ノ有益費ニ付テハ其金額ノ増加カ現存スル場合ニ限リ所有物ノ其選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ増加額ヲ償還スルノ義務アリ(一九六條二項)改良ハ物ノ用方ニ從ヒ其收益又ハ便益ヲ増加スヘキ狀態ニ物ヲ變更スルヲ謂ヒ之カ爲ニ要シタル費用ヲ改良費ト云フ例之沼澤ヲ變シテ畑地又ハ田地トナスカ如シ其他ノ有益費トハ一般ニ物ノ價額ヲ増加スヘキ費用ヲ云フ此二種ノ費用ハ通常單一有益費ト稱ス占有者カ占有物ノ爲ニ金額ノ費用ヲ支出スルモ其費用カ占有物ノ價額ヲ増加セザルトキハ其費用ハ所謂元費ニシテ有益費ニ非サルヲ以テ所有物ノ對シテ其償還ヲ求ムルコト能ハサルハ勿論ナリ加之有益費ハ物ノ價額ヲ増加スルノ效用ヲ成スモ價額ノ増加カ時ノ經過ト其ニ消滅スルコトアリ依ニ増加額カ占有物返還ノ當時現存セザルトキハ所有物ノ其費用ヲ償還スヘキ理由ナシ何トナレハ有益費ハ必要費ト異リ必シモ之ヲ投スルコトヲ要セス且所有物ノ其費用ニ付何等利益ヲ享受セザレハナリ反之有益費ノ爲ニ生シタル價額ノ増加カ尙ホ現存スルトキハ其増加ハ所

有者ヲ利スルヲ以テ所有者ハ之ヲ償還スルノ義務アリ何トナレハ所有者カ無償ニテ此價額ヲ保有シ得ヘシトセテ占有者ノ損害ニ於テ不當利得ヲ爲スモノトナラフ以テナリ然レトモ若占有者ノ支出シタル金額カ増加額ヨリ少ナキトキハ所有物ノ其金額ヲ支拂フノミヲ以テ足ル他ナシ占有者ニシテ其支出シタル金額ノ拂戻ヲ受クルニ於テハ何等ノ損害ナキノミナラス占有者ハ所有物ノ關係上恰事務管理者ノ地位ニ立ツモノナレハ價額ノ増加ハ物ニ附著スル利益トシテ物ノ所有者ノ利得ニ歸セザルヘカラザラフ以テナリ

(三) 占有者ハ償還ヲ受クヘキ費用ノ請求權ニ付第二九五條ニ從ヒ占有物上ニ留置權ヲ有ス換言スレハ所有者カ所有物ノ回復ヲ爲ス場合ニハ費用ト引替ニ目的物ノ引渡ヲ受クルコトヲ要シ所有物ノ其費用ノ償還ヲ爲ササル限リハ占有者ハ目的物ノ占有ヲ繼續スルノ權利ヲ有スルモノナリ但占有者カ詐欺、強暴其他ノ不法行為ニ依テ始マリタルトキハ占有者ハ同條第二項ニ從ヒ此權利ヲ有セザルヲ以テ所有者ハ此種ノ占有者ニ對シテ費用ヲ償還スルト否トニ拘ラス占有物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

惡意ノ占有者モ亦一般ノ原則ニ從ヒ占有物上ニ留置權ヲ有スルモ他日所有者ヨリ返還ノ請求ヲ受クヘキコトハ其應ニ豫期スヘキ所ナラフ以テ法律ハ大ニ其權利ヲ制限シタリ第一九六條末段ノ規定即チ是ナリ本條ニ依レハ占有者カ惡意ナルトキハ所有物ノ費用ノ償還ニ付相當ノ猶豫期限ヲ裁斷所ニ求ムルコトヲ得ヘキ裁斷所カ其請求ヲ相當ト認メ猶豫ヲ與ヘタルキハ占有者ハ占有物ヲ留置スルコトヲ得ス唯裁斷所ノ定メタル期限ノ滿了ヲ俟テ費用ノ償還ヲ所有物ニ請求シ得ルニ止マルモノトス蓋所有者ニ費用償還ノ猶豫ヲ與フルハ費用ノ支出ハ所有者ノ關知セザル

所ニシテ直ニ之ヲ假還スヘキモノトスルトキハ所有者ハ即時ニ之ヲ支拂フノ實力ナキカ爲メ非
常ナル困難ニ陥ルコトアルヘキヲ以テナリ

第七款 準占有

占有ノ目的物ハ有體物タルコトヲ必要トシ且占有ハ物ノ所持ヲ必要トスルヲ以テ占有ニ關スル規定ハ
吾人カ或權利ノ行使トシテ物ヲ現實ニ支配スル場合ニ適用セラレハキモノトス而シテ吾人カ物ヲ所持
スルコトナクシテ單ニ或權利ヲ行使スルニ過キタルトキハ此權利ノ行使ハ占有ニ非ス然レモ吾人カ
權利ヲ現實ニ行使スルノ點ニ於テハ二者全ク同一ナルヲ以テ民法ハ占有ヲ保護スルト同一ノ理由ニ基
キ之ヲ保護スル必要アリト認メ之ニ付スルニ準占有ノ名稱ヲ以テシ占有ニ關スル規定ヲ準用スルコト
トセリ(一〇五條)
準占有ヲ組織スヘキ權利ノ行使ハ財產權ノ行使タルコトヲ必要トシ財產權以外ノ權利ハ準占有ノ目的
タルコトヲ得ス故ニ物ノ所持ヲ必要トセサル物權即地役權、抵當權ノ行使及一般ニ債權ノ行使ハ準占
有ナリト雖親族權即親權、戶主權、夫權等ノ行使ハ準占有ニ非ス
占有權ノ取得ニハ純然タル占有ノ場合ト等シ自己爲權利ノ行使スルノ意思アルコト權利ノ行使
即權利ノ目的タル事物ニ關シテ實權ヲ掌握シタルコトヲ必要トス而シテ如何ナル場合ニ於テ權利ノ
行使アリト云フコトヲ得ヘキハ準占有者ノ行ハントスル權利ノ性質ト各場合ニ於テ準占有者ノ行爲
トニ基キ之ヲ定ムルコトヲ要ス例之賃金ノ債權ニ在テハ賃主トシテ債主ヨリ利子ヲ受取リ通行權ニ在
テハ通行權者トシテ隣地ヲ通行スルカ如シ要スルニ準占有ノ場合ニ於テモ占有權ノ取得ニハ意思ノ要

件ト實力ノ要件ヲ具備スルコトヲ必要トシ實力ノ要件ハ準占有者カ其權利行使ヲ組成スル所ノ行爲ヲ
爲スニ依テ充サルモノトス
占有權ノ喪失ニ關シテモ亦占有ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス但準占有者カ一旦其權利ヲ行使シ
タル以上ハ其以後之ヲ行使セザルノミヲ以テ占有權ヲ喪失スルコトナシ準占有者カ其權利ヲ行ヒ得
キ地位ニ在ル間ハ之ヲ行使スルト否トヲ問ハス占有權ハ依然トシテ存續シ準占有者カ其權利ヲ行使ス
ルコト能ハサルニ至リ始テ消滅スヘキモノトス例之債主カ利子ヲ支拂フ拒ミ又ハ隣地ノ所有者カ通行
ヲ拒ミ準占有者カ其拒絕ニ對シテ何等ノ策ヲモ施ナスシテ其狀態ヲ確定セシタル場合ノ如シ
占有ニ關スル規定中動産ニ固有ナル第一九二條乃至第一九五條ノ規定ノ如キハ之ヲ準占有ニ適用スル
コトヲ得スト雖其他ノ規定ハ事物ノ性質ノ許ス限リハ之ヲ準占有ニ適用スルコトヲ要ス此關係上占有
訴權ハ地役權行使ノ場合ニ於テ最多ク適用セラレ得ヘク其他ノ權利ノ行使ニ付テハ殆其適用ヲ見サル
モノトス

第二節 所有權

第一款 所有權ノ性質

所有權ハ物ニ關スル一般ノ支配權ナリ所謂一般ノ支配權トハ特定ノ關係ニ於テ又ハ特定ノ方法ヲ以テ
物ヲ支配ハルコトヲ得ルハ權利ニ非シテ總テノ關係ニ於テ且總テノ方法ヲ以テ總括的ニ物ヲ支配ス
ルコトヲ得ルノ權利ヲ謂フ故ニ此權利ヲ有スル者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ他人ヲ排斥シテ權利ノ目的
タル物ヲ位置スルコトヲ得ルト同時ニ何人ト雖其承諾ナクタンハ物ノ上ニ何等ノ行爲ヲモ施スコトヲ得

物ヲ使用スルノ權ニシテ、右ノ權ノ觀念ニ基キ、所有者ノ重ナル權能ヲ列舉スルトキハ、物ヲ占有スルノ權能、物ヲ使用スルノ權能、物ノ收益ヲ爲スルノ權能、物ノ處分スルノ權能、及物ニ付第三者ノ干渉ヲ拒絶スルノ權能トナルヘシ。然レトモ、此等ノ權能ハ相合シテ所有權ヲ構成スルモノニ非スシテ、物ニ關スル一般ノ支配權タル所有權ノ表彰タルニ過キサルモノトス。

右ノ如ク所有權ハ其權利ノ行ルル關係並ニ方法ニ於テ完全無缺ノ性質ヲ有シ、所有者ハ苟他人ノ權利ヲ侵害セザル限リハ其所有物ヲ任意ニ支配スルノ權利ヲ有スト。雖此權利ノ行使ハ公益ヲ害スルコト能ハサルヲ以テ所有權ニ所有ナル權能ハ公益ヲ爲ニ設ケタル法律上ノ制限ニ服從スヘキモノトス。且所有權ノ行使ハ他人ノ所有權行使ニ影響ヲ及スヲ以テ此權利ノ行使ハ所有權相互ノ利害ヲ調和スルカ爲ニ設ケタル法律上ノ制限ニ從フヘキモノトス。是民力第二〇六條ニ「法令ノ制限内ニ於テ下規定セル所以ニシテ所有權ハ常に法定ナル制限内ニ於テ行使スルコトヲ得」然レトモ法令ヲ以テ特ニ制限ヲ爲ササル限リハ所有權ハ其所有物ノ上ニ完全ナル支配權ヲ有スヘキハ論ヲ俟タス。

他ノ一方ニ於テ所有權ハ制限セラレ得ヘキ性質ヲ有スルヲ以テ其本性上完全無缺ナル所有者ノ權利ハ又第三者ノ既得權ニ依テ制限セララルコトアリ。即所有者ハ總テノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ權利ヲ有スルモノ一若クハ二以上ノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ權利力所有者ノ手ヲ離レテ他人ニ屬スルコトアリ。例之所有者カ其所有物ニ付地上權其他ノ物權ヲ設定シタルトキハ所有者ハ第三者ノ權利ノ目的タル關係ニ付テハ物ヲ支配スルノ權能ヲ失ヒ其絕對無限ノ權能ハ他人ノ權利ニ依テ制限セララルト雖爲ニ所有權タルコトヲ失ハサルモノトス何トナレハ所有者ハ總テノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ權能ヲ有シ制限

ヲ受タル場合ニ於テモ權利ノ本體即チ所有權其モノハ所有者ノ手ニ存スルニ依リテ之ヲ制限スル第三者ノ權利カ消滅スルト同時ニ當然完全ナル支配權ヲ回復スヘケレハナリ之ヲ稱シテ所有權ノ反歸力ト云フ。

所有權ハ又永久ニ存續スヘキモノニシテ存續期間ノ無限ナルヲ以テ其本質トス換言スルハ所有權ハ目的物ノ消滅、第三者ノ取得時效其他絕對消滅ノ事由ノ生ゼサル限リハ永久ニ存續スヘク地上權永小作權等ニ於ルカ如ク時ノ經過ノミニ因テ消滅スルコトナシ故ニ有期ノ所有權ハ法律上存在スルコトヲ得サルモノトス但一ノ所有權カ甲ヨリ乙ニ移轉スルコトハ之アリト雖是唯所有者ニ更迭ヲ生シタルニ止リ所有權其モノハ所有者ノ更迭ニ拘ラス依然トシテ存續スルモノナリ例之甲乙ニ其家屋ヲ賣渡シ一定ノ期限後ニ其所有權ヲ移轉スヘキ旨ヲ約シタリト假定センニ其期限ハ所有權其モノニ附シタルモノニ非スシテ其移轉ニ附シタルニ過キス從テ此場合ニ於テハ甲ノ所有權ハ期限ノ滿リニ因テ消滅シ乙ノ所有權ハ期限ノ到來ト共ニ發生スルニ非スシテ甲ノ所有權カ期限ノ到來ト共ニ乙ニ移轉スルニ過キサズモノトス所有權ノ移轉ニ付停止條件又解除條件ヲ附シタル場合ニ於テモ亦同一ニシテ條件ノ到來ニ因リ舊所有權消滅シ新所有權發生スルニ非スシテ既存ノ所有權ニ付權利者ニ更迭ヲ生スルニ過キサズモノトス。

第二款 所有權ノ内容

所有者ノ權能ハ前既ニ言セリ今其大要ヲ示スコト左ノ如シ
第一 所有者ハ所有物ヲ占有スルノ權能ヲ有ス

所有者ハ所有物ヲ支配スルノ權利ヲ有シ而シテ所有物ヲ支配スルカ爲ニハ之ヲ占有スルコトヲ必要トスルヲ以テ所有者カ此權能ヲ有スルハ多言ヲ要セスシテ明ナリ

第二 所有者ハ所有物ヲ使用スル權能ヲ有ス

例之家屋ノ所有者カ其家屋ニ住居シ車馬ノ所有者カ之ヲ乘用スルカ如シ

第三 所有者ハ所有物ノ收益ヲ爲スル權能ヲ有ス

所有者ハ其所有物ヨリ生スル天然ノ果實及法定ノ果實ヲ收取スルノ權利ヲ有スルハ勿論其所有地内ニ於テ狩獵及漁獵ヲ爲シ井泉ヲ穿テ其水ヲ使用スルノ權利ヲ有スルモノトス

第四 所有者ハ所有物ヲ處分スルノ權能ヲ有ス
所有物ニ關スル所有者ノ處分行為ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得有形的處分行為及法律上ノ處分行為即チナリ有形的處分行為トハ物ヲ有形的ニ變更シ毀損シ若クハ滅却スルヲ云フ例之畑地ヲ變シテ山林トナシ田地ヲ變シテ荒地トナシ若クハ器物ヲ毀損シ家屋ヲ破壞スルカ如シ民法第二〇六條ニ所謂處分ハ專此意義ニ用ヒラレタルモノナリ法律上ノ處分行為トハ物ニ關スル權利ヲ變更シ制限シ又ハ消滅セシムヘキ法律行為ヲ爲スヲ云フ例之有償又ハ無償ニテ物ヲ他人ニ讓渡シ物ノ上ニ地役權其他ノ物權ヲ設定シ又ハ單純ニ所有權ヲ拋棄スルカ如シ

第五 所有者ハ其權能ノ行使ニ付第三者ノ干渉ヲ拒絶スルノ權能ヲ有ス
所有者以外ノ人ハ所有者ノ承諾アルニ非サレハ物ノ上ニ何等ノ行為ヲ爲スコトヲ得ス換言スレハ物ノ所有權ハ所有者以外ノ人ヲシテ物ニ關シテ積極的ニ或行為ヲ爲スコトヲ遮止スヘキ消極的ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ故ニ第三者カ此義務ニ違背シ所有物ニ關スル所有者ノ行為ヲ妨害シ所有物ヲ侵奪シ又ハ之ヲ毀損滅失セシメタルトキハ所有者ハ所有權ヲ基本トシテ侵害行為ニ對スル救済ヲ求ムルノ權利ヲ有ス即チ所有者ハ場合ニ從ヒ第三者ニ對シテ妨害ノ排除、原狀回復、所有物ノ返還又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ所有權ヨリ生スル請求權ト稱スルモノ即是ナリ且所有者ハ物ニ付第三者ノ干渉ヲ防クカ爲ニ必要ナル設備ヲ爲スコトヲ得ヘシ例之其所有地ノ周圍ニ溝渠又ハ牆壁ヲ設タルカ如シ

第三款 所有權ノ目的物

第一項 目的物ノ性質

第一 所有權ノ目的物ハ有體物タルコトヲ要ス 所謂有體物トハ空間ニ於テ場所ヲ填充スル所ノ形體ヲ備フル物質ニシテ理學上固形體、液體、氣體ノ分類中ニ入ルヘキモノナラサルヘカラス故ニ智能體ノ如キ單ニ理想上ニ於テ認識シ得ヘキ無形物ハ勿論光線、溫熱、電氣ノ如キ五官ノ作用ニ依テ認識スルコトヲ得ヘキ形而下ノモノト雖形體ヲ備フル物質ニ屬セサル以上ハ所有權ノ目的物タルコトヲ得サルモノトス
第二 私權ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ノミ所有權ノ目的タルコトヲ得 所有權ハ一ノ私權ナルヲ以テ其目的物ハ法律ニ私有ヲ許スモノナラサルヘカラス故ニ公有物其他一般ニ私人ノ所有ヲ禁スル物件ハ所有權ノ目的物タルコトヲ得ス

第二項 目的物ニ關スル所有權ノ範圍

所有權ハ一定ノ限界アル場所ノ上ニ行ルモノトス換言スレハ所有權ハ其目的物トノ關係上一定ノ範圍ヲ有スルモノトス即チ左ノ如シ

第一、動産ハ自體ニ於テ一定ノ限界アルヲ常トス故ニ各箇ノ動産ハ特別ナル所有權ノ目的物ナルコトヲ得但空氣、海水ノ如キモノハ一定ノ限界ナク人力ヲ以テ之ヲ支配スルコト能ハサルヲ以テ其自體ノ狀態ニ於テハ所有權ノ目的タルコトヲ得ス其一部ヲ分離シ之ヲ一定ノ容器ニ收メタル場合ニ於テ始テ特別ナル所有權ノ目的タルコトヲ得ヘシ

動産ハ不可分物ナルトキハ所有權ハ其全部ヲ目的トスルコトヲ要シ其一部ノ上ニ存スルコトヲ得ス反之動産カ可分物ナルトキハ分割前ト雖所有權ハ其一部分ノ上ニ存スルコトヲ得例之車輪ノ如シ此點ニ付テハ占有權ノ目的物ニ關スル說明ヲ參照スヘシ

第二、不動産中地所ハ自體ニ於テ一定ノ限界ヲ有セタルモノ爲テ以テ其境界ヲ定ムルコトヲ得ヘシ故ニ地所ノ所有權ハ其表面ニ關シテハ人爲ノ境界ヲ以テ境界トス然レトモ地所ノ所有權ハ單ニ其表面ノミニ限定セラルルモノニ非スシテ地所ノ上下ニ及フモノトス民法第二〇七條ノ規定即チ是ナリ同條ノ規定ニ曰ク土地ノ所有權ハ法令ノ範圍内ニ於テ其上下ニ及フト是土地ノ所有權ハ上、天ニ達シ下、地球ノ中心ニ及フト云ヘル格言アル所以ナリ此規定ノ結果トシテ土地ノ所有者ハ地表ノ支配權ヲ有スルニ止ラス人力ノ及フ限りハ其地表ノ上位ニ在ル空間ヲ支配スルノ權ヲ有シ之ヲ利用シテ家屋其他ノ建物ヲ築造スルノ權ヲ有スルハ勿論第三者カ其承諾ナクシテ地面上ノ空間ニ突出セシメタル建物又ハ樹木ハ其高低ノ如何ニ拘ラス之ヲ取毀テ又ハ切取ラシムルノ權利ヲ有スルモノナリ又他方ニ於テ土地ノ所有者ハ地下ノ支配權ヲ有シ人力ノ及フ限りハ其深淺ノ如何ニ拘ハラス地底ヲ利用スル

コトヲ得ヘク其地面内ニ侵入セル他人ノ工作物又ハ植物ハ之ヲ取拂ハシムルノ權利ヲ有スルモノナリ且原則トシテ土地ノ所有者ハ其所有地ノ上ヲ通過スル所ノ鳥類ヲ捕獲スルノ權利ヲ有シ又砂石其他地下ニ存在スル土地ノ產出物ヲ採取スルノ權利ヲ有スルモノトス然レトモ總テ此等ノ權利ニ關シテハ所有者ハ常ニ法令ノ定ムル制限ニ服セサルヘカラス

シテハ所有者ハ建物ハ自體ニ於テ一定ノ限界アルヲ以テ一棟ノ建物カ同一人ノ所有ニ屬スルトキハ其所有權ハ家屋其他ノ建物ノ全部ニ及フコト勿論ナリ然レトモ數人ニテ一棟ノ建物ヲ區分シ各其一部ヲ所有ハルトキハ各所有者ノ權利ノ限界ヲ明確ナラシムルハ必要アリ第二〇八條ノ規定即チ是ナリ此規定ニ依リテ建物及其附屬物ノ共用部分ハ反證ナキ限りハ其共有ニ屬スルモノト推定セラル何トナレハ事實ト權利ト相伴フハ普通ノ狀態ニシテ共用ノ事實アル以上ハ共有權ナリト推定スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ然レトモ實際ニ於テハ一棟ノ建物ハ同一ノ所有者ニ歸スルカ然ラサレハ數人ニテ之ヲ共有スルヲ常トシ之ヲ分有スルカ如キハ殆稀ナリ故ニ我國ニ於テハ第二〇八條ノ規定ハ實際上ノ適用ヲ見ルコト極テ少ナシ

前記推定ヨリ生スル結果トシテ建物ハ分有者ハ其共用部分ノ修繕費及其用部分ノ負擔ニ屬スル諸稅等ヲ分擔スルコトヲ要ス而シテ其割合ハ各自ノ所有部分ノ價格ニ應ジテ之ヲ定ムルヲ公平ナリトス是同様第二項ノ規定アル所以ナリ

第三、主物ハ所有權ハ其從物ヲ包含ス換言スレハ物ノ所有權ハ其物ニ附屬スルモノ及其物ヨリ生スル總テノ產出物ヲ包含スルモノトス故ニ主物ノ所有者ハ反證ナキ限りハ從物ノ所有者ト推定セラルルモノナリ但從物ハ主物ヲ構成スルモノニ非スシテ主物以外ニ一物ヲ成スモノナレトモ獨立シテ所

有權ノ目的トナリ得ヘキヤ否ハ從物ノ性質及主物ト從物トノ關係如何ニ因テ定マルモノトス而シテ從物カ主物ニ合體セザルトキ即從物ヲ主物ヨリ分離スルニ付何等ノ困難ヲ感セザルトキハ從物ハ主物ト分離シテ所有權ノ目的トナルコトヲ得ヘシ天然果實ニ付テハ民法第八九條ノ規定ニ從ヒ從物ニ附著スル間ハ原物ノ所有者ノ所有ニ屬シ原物ヨリ分離スルトキニ非サレハ他人ノ所有ニ歸スルコトヲ得ス家屋ハ我法割上獨立ノ財產ヲ組成シ其定著スル土地ノ從物ニ非サルヲ以テ土地ト分離シテ所有權ノ目的トナルコトヲ得樹木ハ土地ニ附著シテ之ト一體ヲ成ヌヲ以テ土地ト共ニ土地ノ所有者ニ屬スルヲ原則トスレトモ獨立シテ他人ノ所有ニ屬スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論アリ蓋理論上ヨリ云フトキハ樹木ハ土地ニ合體シテ其一部ヲ成ヌノミナラス果實ハ原物ヨリ分離シタルトキヲ以テ他ノ權利者ノ所有ニ歸スルモノトスル以上ハ樹木ニ付テモ亦同一ノ原則ヲ適用シ土地ヨリ分離シタルトキニ非サレハ他人ノ所有ニ屬スルコトヲ得サルモノト論セザルヲ得然レトモ我國從來ノ慣例ハ之ニ反スルヲ以テ反對ノ解釋ヲ採ルヲ可ナリトス尙此問題ニ關シテハ添附ヲ論スルニ當リ説明スヘシ

第四款 所有權ノ限界

所有權ハ一般ニ公益ニ關スル理由及所有者相互ノ利益ニ關スル理由ニ基キ二重ニ制限セラルコトハ既ニ之ヲ一言セリ而シテ公益ニ基ク制限ハ特別ノ法令ヲ以テ定メラルル所ニシテ所有者相互ノ利益ニ基ク制限ハ民法中ニ規定セラルル所ナリ

第一項 公益ニ基ク所有權ノ制限

公益ニ基ク所有權ハ制限ハ要スルニ公安、風俗、衛生、國家經濟、國防、軍備等ニ基クモノニシテ其數極メテ多シ今其一二ノ例ヲ舉ケレハ毒藥、劇藥、銃器彈藥ノ取締ニ關スル規則、公安及風俗ヲ害スヘキ圖書出版物ノ取締ニ關スル規則、營業條例、土地收用法、徵發令、要塞地帶法等ノ如シ而シテ其制限ハ或ハ物ノ使用ニ關スルコトアリ物ノ收益ニ關スルコトアリ物ノ處分ニ關スルコトアリ又其制限ハ法律ヨリ來ルコトアリ或ハ行政命令ヨリ來ルコトアリ何レノ場合ニ於テモ所有者ハ其權利ノ行使ニ付法令ニ定メタル制限ニ服從スヘキモノトス

第二項 所有者相互ノ利益ニ基ク制限

所有者ヲ異ニスル二箇ノ土地隣接スルトキハ各所有者ノ權利行使ハ他ノ所有者ノ權利行使ニ影響スヘキヲ以テ所有權ノ行使ニ關シテ相隣者間ニ抵觸ヲ生スルノ結果ヲ生スヘシ是ヲ以テ相隣者間ノ權利ノ抵觸ヲ調和スルカ爲メ所有權ニ固有ナル權能ノ行使ニ一定ノ制限ヲ設クルノ必要ヲ生ス而シテ相隣者ノ權利行使ニ對スル第一ノ制限ハ所有權ノ行使ハ相隣者ノ所有權ヲ侵害セザルコトヲ必要トスルコトナリ

右ノ原則ヨリ生スル結果トシテ土地ノ所有者ハ其所有地内ニ於テ工事ヲ爲スハ固ヨリ妨クナシ雖有形的ノ損害ヲ隣地ニ及スヘキ行為ハ之ヲ避止セザルヘカラス例之其所有地ヲ發掘シ爲ニ隣地ノ一部ヲ陷落セシメ若クハ其家屋ヲ傾斜セシムルカ如シ土地ノ所有者ハ又狹ニ隣地内ニ固形物ヲ投棄シ又ハ水

其他ノ液體ヲ隣地ニ注瀉スルコトヲ得ス蒸氣、塵埃又ハ煤煙ノ如キモノト雖多量ニ之ヲ輸送シ相隣者ノ健康ヲ害シ又ハ隣地ノ使用ニ重大ナル困難ヲ生セシムルコトナキヲ要ス就中工場ノ持主ハ隣人ノ健康ヲ害シ又ハ隣地ノ植物ヲ變質若クハ枯死セシムルキ有ナル蒸氣其也ノ氣體ヲ隣地ニ侵入セシムルコトヲ得ス工場ノ設置カ當該官廳ノ許可ヲ受ケタル場合ト雖尚然リトス何トナレハ此許可ハ權利侵犯ハ責任ヲ免除スルモノニ非ス從テ工場ノ所有者ハ常ニ第三者ノ權利ヲ害セザルノ範圍内ニ於テ動作スルコトヲ必要トスルヲ以テナリ又以上ト同一ノ理由ニ因リ工場ノ持主ハ其工場ヨリ間斷ナク激烈ナル音響ヲ發セシメ爲ニ隣人ヲシテ隣地ノ住居ニ堪フルコト能ハサルニ至ラシメザルコトヲ要ス反之其所有地内ニ於テ所有者ノ爲シタル工事カ積極的ノ損害ヲ隣地ニ及スコトナクシテ單ニ隣地所有者ノ享受セル利益ヲ奪フニ過キサルトキハ權利ノ侵害ナキモノトス例之高樓ヲ建築シテ隣地ノ觀望ヲ妨ケ又ハ其所有地内ニ於テ井ヲ穿チ爲ニ隣地ノ井水ヲ枯渇セシムルカ如シ之ヲ要スルニ土地ノ所有者ハ隣人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得ザルト同時に隣人ノ權利ヲ侵害セザル限リハ任意ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖此原則ヲ絕對ニ適用スルニ於テハ土地ノ所有權ハ大ニ其效用ヲ減殺セザルルニ至ルヘキヲ以テ法律ハ更ニ二步ヲ進メテ相隣者相互ノ便益ノ爲メ土地ノ所有權ニ幾多ノ制限ヲ設ケ一方ニ於テ相隣者ノ權利ヲ擴張スルト同時に他ノ一方ニ於テ其權利ヲ制限シテ相隣者ノ權利ト稱スルモノ即是ナリ

第五款 相隣者ノ權利

相隣者間ノ關係ハ民法第二〇九條乃至第三八條ニ規定セラル此等ノ規定ニ基キ相隣者間ノ權利義務

以上述フル如ク保證人ハ第二位ノ債務者タル性質ヲ有スル結果トシテ一般ニ先訴ノ抗辯及檢索ノ利益ヲ主張スルノ權利ヲ有スルモノナリ然レモ保證人ハ亦主タル債務者ト連帶シテ保證人タル場合アリ此場合ニ於テハ其連帶ノ結果保證人ハ主タル債務者ト同等ノ地位ニ於テ債務ヲ負擔スルモノニシテ第二位ノ債務者タル性質ヲ有スルモノニ非ス故ニ保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキハ所謂先訴ノ抗辯及檢索ノ利益ヲ主張スル權利ヲ有セザルモノナリ(四五四條)隨テ商法上ノ保證ノ如キハ原則トシテ連帶ノ關係ヲ生スルカ故ニ常ニ此權利ヲ有セザルモノナリ(商二七三條)

保證人カ先訴ノ抗辯又ハ檢索ノ利益ヲ主張スル權利ヲ有スル場合ニ於テハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ催告ヲ爲スカ又ハ其財産ニ付テ執行スル迄ハ債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノナルハ既に述ベタルカ如シ然レモ保證人ハ之ニ依テ其債務ヲ免カレタルモノニ非ス若債權者カ主タル債務者ニ對シテ催告ヲ爲スカ又ハ其財産ニ付テ執行ヲ爲スモ債權全部ノ辨濟ヲ受ケザルトキハ更ニ保證人ニ對シテ其履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ然レモ保證人カ先訴ノ抗辯又ハ檢索ノ利益ヲ主張シタルニ拘テ其債權者カ催告又ハ執行ヲ爲スコトヲ怠リ之レカ爲ニ主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ受ケタルコトヲ得ザルニ至リタルトキハ右ニ述ベタル場合トハ反對ニ債權者其懈怠ノ結果ヲ負擔スルモノナリ保證人ハ債權者カ直ニ催告又ハ執行ヲ爲サハ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免カルモノナリ(四五五條)故ニ例之直ニ催告又ハ執行ヲ爲サハ債權者カ主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ受ケヘカリシトキハ保證人ハ全ク其義務ヲ免カルモノナリ又半額ノ辨濟ヲ受ケヘカリシトキハ保證人ハ其半額ヲ支拂フ義務ヲ免カルモノナリ

(ハ) 分別ノ利益

民法債權 債權ノ當事者 多數當事者ノ債權 保證債務

保證人ハ必シモ一人ニ限ラス數人アル場合アリ而シテ數人アル場合ニ於テ其保證人タルモノハ各自全部ニ付テ債務ヲ負擔スルモノナリ又ハ平等ノ割合ニ於テノミ其債務ヲ負擔スルモノナリヤ此點ニ付テハ立法例ニ様ナラス外國ニ於テ保證人ハ各自全部ノ義務ヲ負擔スルモノト爲スモノ多シ然レトモ我民法ハ保證債務ノ場合ニ於テ所謂多數當事者ノ債權ニ關スル總則ニ從ヒ當事者ニ於テ別段ノ意思表示ヲ爲ササル限りハ原則トシテ平等ノ割合ヲ以テ其義務ヲ負擔スルモノナリ而シテ其保證人タルヤ當ニ同一ノ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルノミナラス各別ノ行爲ヲ以テ之ヲ負擔シタル場合多シ(四五六條)如此數人ノ保證人カ各自全部ニ對シテ義務ヲ負擔スルニ非スシテ平等ノ割合ニ於テ義務ヲ負擔スルコトヲ稱シテ分別ノ利益ト謂フ

(二) 主タル債務ト保證債務トノ關係

予カ此ニ主タル債務ト保證債務トノ關係ト曰フハ主タル債務者ニ付テ生シタル事項カ保證人ニ對シテ其效力ヲ生スル場合及保證人ニ付テ生シタル事項カ主タル債務者ニ對シテ其效力ヲ生スル場合ヲ謂フ而シテ主タル債務者又ハ保證人ニ付テ生シタル事項カ保證人又ハ主タル債務者ニ對シテ如何ナル效力ヲ生スルヤニ付テハ前ニ保證債務ノ觀念ヲ說明セシ際之ヲ述ヘタリ即保證債務ハ主タル債務ト同一ノ結果ヲ目的トスルモノナルカ故ニ何レカ一方ノ債務カ辨濟其他ノ原因ニ因テ消滅シタルトキハ他ノ一方ノ債務モ亦消滅スルモノナリ又保證債務ハ從タル債務ノ性質ヲ有スルカ爲メ主タル債務無効ナルトキハ保證債務モ亦無効トナリ主タル債務力取消ニ依テ消滅シタルトキハ保證債務モ亦之ニ依テ消滅ス主タル債務力取消シ得ヘキモノナルトキハ保證債務モ亦取消スコトヲ得ルカ如シ故ニ此ニハ右以外ノ場合ニ付テ述フヘシ

(イ) 履行ノ請求其他時効ノ中斷

履行ノ請求トハ債權者カ債務者ニ對シテ債務ノ履行ヲ要求スル行爲ヲ認稱スルモノニシテ所謂裁判上ノ請求タルト裁判外ノ請求タルトヲ問ハサルナリ而シテ債權者カ主タル債務者ニ對シテ其履行ノ請求ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノナリ故ニ例之期限ノ定メナキ債務ヲ保證シタル場合ニ於テ債權者カ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタルトキハ其時ヨリ保證人モ亦遲滞ノ責ニ任スヘキモノナリ又債權者カ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタル時効ノ中斷ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナリ(四五七條一項)

我民法ニ於テ時効中斷ノ原因ハ履行ノ請求ノミニ限ラサルモノニシテ其他所謂差押、假差押、假處分及承認等アリ(一七七條)所謂差押トハ確定判決其他ノ債務名義ニ基テ爲ス強制執行ヲ謂フ又假差押トハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ代フルコトヲ得ヘキ請求ニ付強制執行ヲ保全スル爲メ爲スモノヲ謂フ又假處分トハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ代フルコトヲ得ヘキ請求以外ノ權利ニ付強制執行ヲ保全スル爲メ係爭物ニ對シテ爲シ又ハ爭ヒアル權利關係ニ付假ノ地位ヲ定ムル爲メ爲スモノヲ謂フ又承認トハ時効ノ利益ヲ受クヘキモノカ時効ノ進行中其完成前ニ於テ相手方ノ權利ヲ認ムル單獨行爲ヲ謂フ而シテ債權者カ主タル債務者ニ對シテ差押、假差押若シクハ假處分ヲ爲シ又ハ主タル債務者カ債權者ニ對シテ其權利ヲ承認シタル爲メ時効ヲ中斷シタルトキハ其中斷ノ效力ハ保證人ニモ及フモノナリ

(ロ) 相殺

主タル債務者カ債權者ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其債權ノ性質カ相殺ヲ許スモノナルトキハ保證人ニ於テ主タル債務者ノ債權ニ依リ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ(四五七條二

項ノ獨逸民法ニ於テハ右ノ如キ場合ニ於テハ保證人ハ自ら相殺ノ意思表示ヲ爲ス權利ヲ有セス唯主タル債務者カ相殺ヲ爲シ權利ヲ有スル間ハ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ拒絕スル權利ヲ有スルニ過キス然レトモ我民法ノ規定ハ反之尙一步進テ保證人ハ自ら相殺ノ意思表示ヲ爲ス權利ヲ有スルモノトス

(ハ) 連帶保證

主タル債務者ハ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ヲ稱シテ連帶保證ト謂フ學者或ハ此外尙數人ノ保證人カ債權者ニ對シテ連帶シテ保證債務ヲ負擔シタル場合ヲモ連帶保證ト謂フモノアリ然レトモ予カ此ニ連帶保證ト謂フハ即第一ノ意味ニ於テ謂フモノナリ

連帶保證ハ一方ヨリ謂フトキハ一ノ連帶債務ナリ然レトモ又他ノ一方ヨリ謂フトキハ一ノ保證債務ナリ故ニ單ニ連帶債務又ハ保證債務ノミニ關スル規定ヲ適用スルヲ得サルナリ其二箇ノモノニ關スル規定ヲ併セ適用セサルヘカラス先保證債務ニ關スル規定ニ付テ之ヲ説明セハ前ニ一般ノ保證債務ニ關シテ述ヘタル中所謂先訴ノ抗辯檢索ノ利益及分別ノ利益ト謂フカ如キハ其性質上之ヲ連帶保證ニ適用スルコトヲ得ス然レトモ其他ノ規定ハ一般ニ連帶保證ニモ適用スルコトヲ得ルモノナリ例之主タル債務無効ナルトキハ連帶保證モ亦無効トナリ主タル債務力取消ニ依テ消滅シタルトキハ連帶保證モ亦之ニ依テ消滅スルモノナリ又主タル債務ニ付時効中斷ノ理由ヲ生シタルトキハ連帶保證人ニ對シテ其效力ヲ生スルカ如キモノ是ナリ如此連帶保證ニ關シテ其性質ノ許ス限リ保證債務ニ關スル規定ヲ適用スヘキハ論勿キ所ナルカ故ニ民法ハ明ニ其規定ヲ設ケナレトモ連帶債務ニ關スル規定ヲ連帶保證ニ適用スル點ニ付テハ特ニ之カ明文ヲ設ケ第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ハ之ヲ連帶保證ノ場合ニ適用スヘキ旨ヲ規定セリ故ニ連帶債務ニ關スル規定中債務者ノ一人ニ付テ生シタル履行ノ請求、更改、相殺、免除、

混同及時効ト謂フカ如キハ他ノ債務者ニ對シテモ亦效力ヲ生スヘキモノナレトモ其他ノ事項ハ何等ノ影響ナキ規定ハ連帶保證ノ場合ニモ適用セラルヘキモノナリ然レトモ是等ノ規定ニ付テハ詳キハ連帶債務ノ效力ヲ説明スルニ當テ述ヘタルカ故ニ茲ニ之ヲ再說セス

第二 保證人ト主タル債務者間ノ效力

保證人ト主タル債務者トノ間ニ於テ保證債務ノ效力中ニ於テハ其主タルモノハ保證人ノ有スル求償權ノ規定ナリ然レトモ保證人ノ效力ハ此求償權ノミニ限ラス彼ノ代位辨濟ノ如キモ又其效力ノ一ニ數フルコトヲ得然レトモ是辨濟ノ部分ニ於テ連帶ヘキカ故ニ此ニハ主トシテ求償權ニ付テ述フヘシ

(一) 求償權

保證人ハ連帶債務者又ハ不可分債務者ノ如ク所謂負擔部分ヲ有スルモノニ非ス保證人ト主タル債務者トノ間ノ關係ニ於テハ主タル債權者全部其義務ヲ負擔スヘキモノナリ故ニ保證人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシメタルトキハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルハ論ヲ俟サルナリ然レトモ求償權發生ノ原因ニ付テハ學者間ニ議論ノ存スル所ナリ例之求償權ノ發生原因ハ不當利得ナリトイヒ事務管理ナリトイヒ又ハ委任契約ナリト稱フルモノアリ予ノ考フル所ニ依レハ元來保證債務ナルモノハ或ハ主タル債務者ノ委託ニ依ラサルノミナラス其意ニ反シテ生スル場合アリ或ハ委任又ハ又當ニ主タル債務者ノ委託ニ依ラサルノミナラス其意ニ反シテ生スル場合アリ故ニ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲シタルトキハ委任契約ニ依テ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ又其委託ヲ受クシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ事務管理又ハ不當利得ニ依テ求償權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ我民法ニ於テハ保證人ハ其外商保證債務ニ關スル特別ノ規定ニ依テ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ故ニ

保證債務ノ部ニ於テ規定スル求償權ナルモノハ直接ニ委任契約ニ依ルモノニ非ス事務管理又ハ不得利得ニ依ルモノニ非スシテ寧保時債務ノ效力トシテ保證人カ之ヲ有スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

(二) 求償權ノ範圍

右ニ述フルカ知テ保證人ハ如何ナル場合ニ於テモ求償權ヲ有スルモノナリ然レトモ其範圍ニ於テハ保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ト然ラサル場合トニ依リ大ニ異ル所アリ故ニ其場合ヲ區別シテ説明セン

(イ) 委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合

保證人カ主タル債務者ニ代テ辨濟ヲ爲シ其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ其保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルハ論ヲ俟タサルナリ加之我民法ノ規定ニ依ルトキハ保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタルトキハ保證人ニ於テ未債務ヲ消滅セシメサルモ過失ナクシテ債權者ニ對シテ敗訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ又主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルモノナリ是保證人カ未債務ヲ消滅セシメサレトモ既ニ敗訴ノ判決ヲ受ケタル以上ハ直ニ執行ヲ受ケテ債務ヲ辨濟セサルヘカラサル地位ニアルカ故ナリ而シテ此委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ保證人ノ有スル求償權ノ範圍ハ連帶債務者ノ一人カ有スル求償權ノ範圍ト同シ即辨濟其他出捐ノ元本辨濟其他免責アリタル日以後ノ法定利息並ニコトヲ得タル費用其他ノ損害賠償ヲ包含スルモノナリ但屢述ヘタル如ク連帶債務者ハ元則トシテ平等ノ割合ヲ以テ負擔部分ヲ有スルモノナリ然ルニ保證人ハ全ク負擔部分ヲ有セサルモノナルカ故ニ其實際ノ求償額ニ相違アルハ當然ナリト信ス

主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ右ノ如ク自己ノ出捐ニ對シテ求償權ヲ有スル

ノミナラス或場合ニ於テハ未出捐ヲ爲ササルニ先チ敗訴ノ判決ヲ受ケタル場合ノ外向豫求債權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ但如此保證人カ主タル債務者ニ對シテ豫求債權ヲ行ヒ得ル場合ハ素ヨリ保證人カ豫ノ行ハサレハ後日ニ至リ其權利ヲ行使スルコト能ハサル虞アル場合ニ限ルモノナリ而シテ民法ノ規定ニ依レハ其場合三アリ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ債務カ辨濟期ニアルトキ及債務ノ辨濟期不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能ハサルトキ即是ナリ(四六〇條)

主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ノ如キハ主タル債務者カ無資力者ニシテ其債務カ債權ニ超過スルモノナルコトハ素ヨリ言フ俟タス然レトモ若保證人ハ其債務ヲ消滅シタル後ニ在ラサレハ求償權ヲ行フコトヲ得サルモノトストキハ保證人カ債務ヲ辨濟シタル頃ハ既ニ破産手續ヲ完了シテ最早求償權ヲ行使スルコト能ハサルノ地位ニ在ルコトナシトセス故ニ保證人ヲシテ豫求債權ヲ行使セシムル所以ナリ然レトモ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル時ニ於テモ債權者ヲシテ其財團ノ配當ニ加入シタルトキハ之ニ依テ辨濟ヲ受ケタル部分ニ付テハ保證人モ其義務ヲ免カサルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ保證人ハ求償權ヲ行フコトヲ得サルモノナリ(四六〇條一號)

債務カ辨濟期ニアルニ拘ラス主タル債務者ニ於テ其履行ヲ爲サス債權者ニ於テモ其履行ヲ請求セサル場合アリ然レトモ既ニ辨濟期ニアルカ故ニ保證人ハ何時請求ヲ受ケタルモ圖ラレス然ルニ主タル債務者ハ今日ニ於テハ資力ヲ有スルモ後日保證人カ債務ヲ履行シタル當時ニ於テハ最早無資力者ト爲ルヤ圖ラレス故ニ此場合ニ於テモ保證人ハ豫求債權ヲ行使シ得ルモノナリ但債權者ハ往往ニシテ主タル債務者ノ爲ニ辨濟期限ヲ延長スルコトアリ然ルニ元來保證人ナルモノハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲スヘキ責任スヘキモノナルカ故ニ當然期限延長ノ利益ヲ受クヘキモノナ

リ然レトモ又一方ヨリ謂フトキハ其猶豫期限ノ到來ヲ待フトキハ主タル債務者ハ無資力者トナリ求償權ヲ行フトヲ得タルニ至ル不利益アルカ故ニ保證人ハ其猶豫期限ノ存在ヲ認メスシテ既ニ期限到來セシモノト爲シ豫求債權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ民法ニ於テ保證契約ノ後債權者カ主タル債務者ニ許容シタル期限ハ之ヲ以テ保證人ニ對抗スルコトヲ得スト謂フハ此意ナラン(四六〇條二號)

債權ノ辨濟期カ不確定ナリトハ例之甲カ乙ノ銀行ト所謂貸越契約ヲ締結シタル場合ニ於テ丙カ其貸越金ニ對スル甲ノ債務ヲ保證スル場合ノ如キモノナリ但如此債務ノ辨濟期カ不確定ナル場合ニ於テモ其最長期ヲ確定スルコトヲ得ル場合ト然ラサル場合トノ區別アリ即前ノ例ニ於テ甲乙間ノ貸越契約ニ付テ一定ノ時間ヲ定メタルトキハ其債務ノ辨濟期ノ最長期ヲ確定スルヲ得ルモノナリ然レトモ其期間ヲ定メタルトキハ其最長期ヲモ確定スルコトヲ得ス而シテ保證人カ豫求債權ヲ行フコトヲ得ルハ其債務ノ辨濟期ノ最長期ヲモ確定スルコトヲ得スシテ且保證契約ノ後十年ヲ經過シタル場合ニ限ルモノナリ民法カ如此場合ニ於テ保證人ニ求償權ヲ與ヘタル所以ハ保證ハ通常無償ニシテ保證人ノ行爲ニ依テ成立スルモノナルカ故ニ可成其責任ヲ過重ナラシメサラントスル趣旨ニ出タルモノナリ(四六〇條三號)

以上述フルカ如ク主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ハ自己ノ出捐ニ對シ豫求債權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ是專保證人ヲ保護スル爲ニ設ケタル規定ナリ然レトモ又一方ヨリ考フルトキハ保證人ハ豫求債權ヲ行使シテ主タル債務者ヨリ賠償ヲ得タルニ拘ラス債權者ニ對シテ其債務ヲ履行セサル爲ニ主タル債務者ハ二重ノ辨濟ヲ爲サルヘカラサルノ場合ニ至ルコトナシトセス故ニ保證人ヲ保護スルト同時ニ又主タル債務者ヲ保護スル規定ヲ設クルコト必要ナリ我民法ノ規定ニ依ルトキハ右ノ如ク保證人カ求償權ヲ行ヒタル爲メ之ニ對シテ主タル債務者カ賠償ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ未償權全部ノ辨濟ヲ爲サル間ハ主タル債務者ハ或ハ保證人ヲシテ擔保ヲ供セシムルコトヲ得或ハ保證人ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシムル旨ヲ請求スルコトヲ得或ハ辨濟ヲ得テ賠償ヲ爲ス代リニ單ニ供託ヲ爲シ若クハ擔保ヲ供シ又ハ保證人ニ免責ヲ得セシメ其賠償ノ義務ヲ免カルコトトセリ(四六一條)

(ロ) 保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合

此場合ハ前ニ述ヘタル委託ヲ受ケタル場合ト比較シテ求償權ノ範圍ハ極テ狭キモノナリ委託ヲ受ケタル場合ニ於テハ法律ハ保證人ヲシテ損失ヲ蒙ラシメサル趣旨ヨリ其受テヘキ損失ヲ標準トシテ其求償權ノ範圍ヲ定メタリ反之委託ヲ受ケタル場合ニ於テハ主タル債務者ノ受ケタル利益ヲ標準トシテ求償權ノ範圍ヲ定メタリ尙委託ヲ受ケタル場合ニ於テモ主タル債務者ノ意思ニ反セスシテ保證ヲ爲シタル場合ト其意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合トノ區別アリ而シテ民法ハ此場合ニ於テモ求償權ノ範圍ニ付テ多少異ル規定ヲ爲セリ即主タル債務者ノ委託ヲ受ケタルニ非サルモ其意思ニ反セスシテ保證ヲ爲シタルモノハ主タル債務者ノ爲ニ債務ノ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ其債務ヲ免カレシメタルトキハ其當時利益ヲ受ケタル限度ニ於テ求償權ヲ有スルモノナリ故ニ此場合ニ於テハ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ノ如ク豫求債權ヲ行フコトヲ得サルモノナリ辨濟其他ノ出捐ヲ爲シテ始メテ求償權ヲ生スルモノナリ又其求償權ノ範圍ハ辨濟其他免責アリタル當時ニ於テ主タル債務者ノ受ケタル利益ヲ以テ限度トス故ニ例之保證人カ主タル債務者ニ對シテ辨濟其他出捐ノ元本ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ノ如ク法定利息費用其他ノ損害賠償ノ如キモノハ之ヲ請求スルコトヲ得

ス(四六二條一項) 主たる債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ハ其意思ニ反セサル場合ニ比シ尙一層求償權ノ範圍狹シ此場合ニ於テモ素ヨリ保證人ハ主たる債務者ニ對シテ豫求償權ヲ行フコトヲ得ス又其求償權ノ範圍固ハ保證人カ求償ヲ爲ス當時ニ於テ主たる債務者カ現ニ受クル利益ヲ以テ限度トス故ニ辨濟其他ノ出捐アリタル日ニ於テハ主たる債務者ハ之ニ依テ利益ヲ受ケタリトスルモ求償ヲ爲ス當時ニ於テ利益ヲ受ケサルトキハ主たる債務者ハ保證人ニ對シテ賠償ノ義務ナキモノナリ例之保證人カ債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲シタル後求償ノ日以前ニ主たる債務者カ相殺ノ原因ヲ有スルニ至リタル場合ノ如シ主たる債務者ハ保證人ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有スルコトヲ主張シテ其賠償ノ責ヲ免カルルコトヲ得ルモノナリ但此場合ニ於テハ民法ノ規定ニ依ルトキハ保證人ハ債權者ニ對シテ其相殺ニ依テ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ其理由ハ單純ナル理論ヨリ謂フトキハ保證人ハ債權者ニ對シテ相殺ノ原因ニ依テ債權者ノ得タル利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キサルナリ然レトモ主たる債務者カ債權者ニ對シテ有セシ債權ニ付テハ擔保權等アリテ利益ナルコトアルカ故ニ保證人ヲ保護スルカ爲ニ如此規定ヲ設ケタルモノナラン(四六二條二項)

(三) 保證人又ハ主たる債務者ノ過失ノ責任

保證人ハ主たる債務者ノ委託ヲ受ケタル場合ト然ラサル場合トヲ問ハス一定ノ範圍内ニ於テ求償權ヲ有スルハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ保證人ヲシテ若過失アルトキハ其求償權ノ全部又ハ一部ヲ失フ場合ナシトモ保證人ハ債權者ノ請求ヲ受ケタルトキハ主たる債務者ニ對シテ其旨ヲ通知セサルヘカヲ其自己ノ過失ニ依テ其通知ヲ爲サスシテ辨濟其他ノ出捐ヲ以テ免責ヲ得タルトキハ主たる債務者

ハ債權者ニ對抗スルコトヲ得ル事由ヲ以テ保證人ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ又保證人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ免責ヲ得ルモ主たる債務者ニ通知セサルカ爲メ主たる債務者カ善意ヲ以テ辨濟ヲ爲シタルトキハ自己ノ辨濟ヲ有效ト看做シ保證人ニ對シテ償還ノ義務ヲ免カルルコトヲ得ルモノナリ(四六三條一項)

(四六三條二項) 保證人ハ連帶債務者ト異リ債權者ニ對シテ有スル事由ヲ主たる債務者ノ債務ニ關シテ債權者ニ對抗スルノ必要ナキカ故ニ主たる債務者カ債權者ニ請求ヲ受ケルモ其旨ヲ保證人ニ通知スルノ要ナシ然レトモ主たる債務者ニ於テ辨濟其他免責ノ爲ニスル出捐ヲ爲シタルニ拘ラス保證人カ其實事ヲ知ラスシテ更ニ辨濟ヲ爲スノ虞レナシトモ故ニ主たる債務者ハ辨濟其他ノ出捐ヲ爲シタル旨ヲ保證人ニ通知セサルヘカラス若其通知ヲ怠リタルトキハ保證人ハ自己ノ辨濟ヲ有效ト看做シ主たる債務者ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得但此通知ヲ要スル場合ハ保證人カ債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ限ル(四六三條二項)

右述ヘタル保證人及主たる債務者ノ過失ノ責任ニ關スル規定ハ連帶債務者ノ一人カ辨濟其他ノ出捐ヲ爲シタル場合ニ於テ過失ノ責任ニ關スル規定ヲ準用シタルモノナリ故ニ詳細ハ連帶債務ノ效力ノ部ヲ參照ス(ヘリ)

關係アルコトナシ故ニ之ニ對シテハ何等ノ求償權ナキカ如シ然レトモ熟考フルニ既ニ述ヘタル如ク連帶債務又ハ不可分債務ナルモノハ一人カ辨濟ヲ爲ストギハ以テ全債務ヲ消滅スルモノナリ故ニ他ノ債務者ノ債務モ保證人ノ辨濟ニ依テ消滅スヘキモノナリ隨テ若保證人ニ對シテ賠償ノ義務ナキモノトセ他ノ債務者ハ不當ニ利得スルノ結果トナルカ故ニ我民法ハ保證人ハ他ノ債務者ニ對シテモ其負擔部分ニ付テ求償權ヲ有スル旨ヲ規定セリ(四六四條)

第三 保證人相互間ノ效力

保證人ハ必シモ一人ニ限ラス數人ノ存スル場合アルコトハ既ニ述ヘタル如シ而シテ均シク保證人カ數人アル場合ニ於テモ其相互間ノ關係ハ種種ナル場合アリ或ハ數人ノ保證人カ各自連帶シテ債務ヲ負擔スル場合アリ或ハ連帶ナラストモ數人ノ保證人カ各自全部ヲ辨濟スヘキ旨ヲ特約スル場合アリ或ハ主タル債務不可分ナルカ爲メ各保證人カ全部ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサル場合アリ或ハ又右何レノ場合ニモ非ラサル單純ノ保證ノ場合アリ而シテ其保證人カ各自連帶シテ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ保證人ノ一人カ全部其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ他ノ保證人ニ對シテハ連帶ノ原則ニ依テ求償權ヲ行フコトヲ得ヘシ若保證人中ニ無資力者アルトキハ之ヲ分擔セサルヘカラサルハ少シモ疑ヒナキ所ナリ(四四二條乃至四四四條)又主タル債務カ不可分ナル爲ニ保證人ノ一人カ全部ヲ辨濟シタルトキハ不可分債務ニ關スル原則ニ從ヒ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用シテ其求償權ノ範圍及無資力ノ分擔等ヲ定ムヘキモノナリ(四三〇條)此二箇ノ場合ハ保證債務ニ付テ特別ノ明文ナクトモ明ナラント信ス然レトモ保證人カ各自全部ヲ負擔スル特約ヲ爲シタルトキハ保證人相互間ノ關係ハ特別ノ明文ナクテハ明ナラス民法ノ規定ニ依レハ此場合ニ於テモ亦右ノ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用スルモ

(4)自首ハ自首シタル者ニ限り減免ノ利益ヲ受ケ他ノ自首セサル共犯ニハ其效力ヲ及サス(二〇六條)

第四節 加減例及加減順序

二〇 法律ノ規定又ハ裁判ノ宣告ヲ以テ刑一等又ハ一等以上ヲ加重減輕セントスルトキハ若干ノ刑期金額ヲ以テ一等ト爲スカ二種以上ノ加減ノ原因共存スルトキハ其間ニ先後ノ順序ヲ立ツルコトナキカノ二問ヲ生ス現行刑法ハ第一問ヲ加減例、第二問ヲ加減順序ト題スル章ノ中ニ規定セリ

第一項 加減例刑六六條——七四條

二一 加減例ハ刑一等ト稱スルモノノ標準ヲ定ム重罪ノ刑ト輕罪、違警罪ノ刑ト其標準同シカラス

二二 重罪ノ非國事犯ノ刑ハ一、死刑二、無期徒刑三、有期徒刑四、重懲役五、輕懲役……國事犯ノ刑ハ一、死刑二、無期徒刑三、有期徒刑四、重禁獄五、輕禁獄ノ等級ニシ刑名一チ一等トシテ加減ス(刑六七條)

二三 重罪ノ最下級ノ刑タル輕懲役ヨリ一等ヲ減セントスルトキハ二年以上

五年以下ノ重禁錮ニ……輕禁獄ヨリ一等ヲ減セントスルトキハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處ス(刑六九條)

二四 輕罪ノ刑タル禁錮罰金竝ニ違警罪ノ刑タル拘留、科料ハ各本條ニ記載シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ以テ一等トナシ加減ス……例二月以上四年以下ノ禁錮ニ二等ヲ加フレハ二月十五日以上五年以下……又一等ヲ減スレハ一月十五日以上三年以下ノ期間トナル(刑七〇條、七二條)

二五 輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス但シ禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ルコトヲ得違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ルコトヲ得ス但シ拘留ハ加ヘテ十二日科料ハ二圓四拾錢ニ至ルコトヲ得(刑七〇條、七二條)

例之第三六七條ノ刑ニ一等ヲ加フルトキハ六箇月四分ノ一以上五年四分ノ一以下ノ重禁錮ト爲ル若モ總則第二四條ノ禁錮ハ重輕ヲ分タス十一日以上五年以下ト爲スト云フ規定ヲ確守セントスルトキハ五年四分ノ一ト云フ刑期ヲ得タル場合ニ重罪ノ輕懲役ニ上ルカ又ハ四分ノ一ノ端數ヲ捨ツルカノ二者ヲ選ハサルヘカラス現行法ノ其間ノ方法ヲ採リ加重ノ結果トシテ七年迄ハ禁錮ノ名稱ヲ保存スルコトヲ許シタリ拘留、科料モ此例ヲ准シテ第七〇條、第七二條ノ精神ヲ知ルコトヲ得ヘシ

二六 禁錮ヲ減盡シタルトキハ拘留ニ、罰金ヲ減盡シタルトキハ科料ニ處スルコトヲ得但シ拘留ハ一日以下ニ降スコトヲ得スコトヲ得スコトハ五錢以下ニ降スコト

ヲ得ス

二七 輕罪違警罪ノ刑ニ就テ二等以上ノ加減ヲ施サントスルトキハ通加減スヘキカ遞加減スヘキカ同一ノ原因ニ出ツルトキハ通加減スヘキカ別種ノ原因ニ出ツルトキハ加減順序ノ規定ニ據リ遞加減セサル可ラス

第二項 加減順序(刑九九條)

二八 刑法第九十九條ハ別種ノ加減ノ原因共存シタル場合ノ順序ヲ定メタリ(1)從犯、未遂犯及ヒ各本條ノ特別加重減輕ノ原因存スルトキハ其加減ヲ先ニス而シテ此等ノ原因相互ノ間ニハ法律ニ別段ノ順序ノ規定ナキヲ以テ一等ノ加重ト減輕トヲ相殺スルコトヲ得

(2)以上ノ加減ヲ了リタル刑ニ基キ(一)再犯加重(二)宥恕減輕(三)自首減輕(四)酌量減輕トイフ順序ヲ履ミテ加減ス既ニ順序アル以上ハ勢ヒ遞加減スルコトヲ要ス又一等ノ再犯加重ト一等ノ宥恕其他ノ減輕トヲ相殺スルコト克ハス

第四章 刑ノ執行

第一節 通則

一 刑ハ裁判確定シタル後ニアラサレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス(刑五〇條、刑訴三一七條)裁判確定スレハ死刑ヲ除ク外ハ即日ヨリ之ヲ執行スルコトヲ得(刑訴三一九條)

二 執行ノ指揮ヲ與フルハ檢事ノ職ナリ(刑訴三一〇條)執行ノ職ニ當ルハ司獄官又ハ警察官若クハ執達吏ナリ

司獄官ハ刑ノ執行トシテハ自由刑全體ヲ執行スル職權アリ死刑又同シ但拘留ニ付テハ次ノ例外アリ警察官ハ警察署ノ留置場ニ於テスル拘留及沒收ノ一部分並ニ監視ヲ執行スル職權アリ執達吏ハ罰金科料及部分ノ沒收ヲ執行スル職權ヲ有ス

三 能力刑ハ宣告確定スレハ當然其效力ヲ生シ執行ニ就テ別段ノ問題ナキヲ以テ以下死刑、自由刑、財産刑ノ執行ヲ略述セントス

第二節 死刑ノ執行

四 死刑ノ執行ニ就テハ其方法、場所、時期ノ三問題ヲ生ス我刑法ハ(1)方法ニ於テ絞(2)場所ニ於テ獄内(3)時期ニ於テ大祀、令節、國祭ノ日及ヒ妊婦ヲ除ク外司法大臣ノ命令アリタル日ヨリ三日ノ間ト定ム(刑一二條乃至一四條、附則一條乃至四條、監施細二二乃至二五條、刑訴三一八條、三二一條)

死刑執行ノ方法及場所ノ問題ハ其刑法ノ採用シタル主義如何ニ因リ著シキ差異ヲ生ス古刑法ヲ以テ世人ヲ威嚇スルノ道具ナリト認メタル時代ニハ種種ノ殘酷ナル執行方法ヲ採用シ且可成衆人ノ目ニ觸ルル場所ニ於テシタリト雖現今文明國ノ刑法ニ在テハ單ニ犯人ノ生命ヲ奪ヒ絶對のニ之ヲ淘汰スルヲ目的トスル故ニ方法ニ付テハ迅速ニシテ且確實ナルヲ條件トスルノ外別ニ苦痛ヲ與フルノ必要ヲ認メス場所ニ付テハ獄内ニ於テ一定ノ官吏ノ立會ヲ爲スノ外ハ他人ノ目ヲ避ケテ執行スルノ主義ヲ採用セリ

五 死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナルトキハ分娩後一百日經過セサレハ之ヲ執行スル克ハス(刑一二條)但早産流産亦同シ(？)

六 死刑ノ執行トハ生命ヲ剝奪スルヲ謂ヒ奪命ノ方法タル絞首ヲ謂フニアラス故ニ一旦此方法ヲ了スルモ蘇生スルトキハ更ニ之ヲ執行セサル可ラス

第三節 自由刑ノ執行

七 現行刑法上自由刑執行ノ方法及場所ノ問題ノ要點ハ大略下ノ如シ

(1) 徒刑ハ無期有期ヲ分タス男子ハ之ヲ島地ニ發遣シ婦女ハ之ヲ内地ノ懲役場ニ留メ共ニ定役ニ服ス(刑一七條一八條)

(2) 流刑ハ無期有期ヲ分タス島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス(刑二〇條)

- (3)懲役・禁獄・禁錮・拘留ハ内地ノ獄ニ入レ懲役重禁錮ハ定役ニ服シ禁獄・輕禁錮・拘留ハ定役ニ服セス(刑二二條二四條)
(4)定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ監獄ノ規則ニ從ヒ囚人ニ其幾分ヲ給與ス(刑二五條)

第一項 流刑制度

八 配流制度トハ囚人ヲ遠島又ハ邊地ニ移シテ終身又ハ一定ノ期間其自由刑ヲ執行スル方法ヲ謂フ之カ利害得失ハ其國其時代ニ適當ナル刑事移民地アルヤ否ヤニ因ツテ決スヘキ相對的ノ問題ナリト信ス

自由刑ニ處セラレタル囚人ヲ遠洋ノ殖民地ニ移シ又ハ露西亞ノ西伯利亞ニ於ルカ如キ邊地ニ移住セシムル制度ハ古ヨリ各國ノ採用シタル所ナリ而シテ近世ニ至リ之カ利害得失ハ學者實際家ノ大切ナル研究問題ニ數ヘラレタル一ナルカ絶體ニ其當否ヲ斷定スル能ハス例之英佛ノ如ク適當ノ移民地アル國ニハ將來尙之ヲ採用スル餘地アルヘシト雖現ニ我國ノ如キハ適當ナル場所ナキノ故ヲ以テ特別ナル新事實ノ生スル迄ハ排斥スルノ外ナシト評スルノ外ナシ

第二項 拘禁方法

九 囚徒ヲ監房ニ拘禁スル方法ハ雜居式・附分類雜居・獨居式・折衷式ノ三種ニ大別スルコトヲ得特ニ注目スヘキハ折衷式ノ一種ニ數フヘキ階級制ナルヘシト雖モ之ト同時ニ尙他ノ制度ノ長所ヲ察シ彼是併用スルノ策ニ出ツヘキナリ

雜居式ハ其文字ノ示ス如ク晝夜一室ニ多數ノ囚人ヲ拘束スル拘禁方法ナリ昔ハ極端ナル雜居式拘禁法行レ老幼男女スラ區別セザリシ實例アリシト雖現今ニ至リテハ老幼男女ト云フ大ナル分類ハ之ヲ爲スト雖尙一室ニ多數囚人ヲ拘禁スル方法ハ各國ニ存スル所ニシテ現ニ日本ノ如キモ尙雜居式ナリ此方法ハ手數ト費用トカ他ノ方法ヨリ比較的尠キモ囚人相互ノ間ニ思想ヲ交換スルノ途ヲ杜絶スル能ハス遂ニ監獄ヲシテ犯罪學校タラシムルノ弊アリ獨居式ハ晝夜共ニ犯人ヲ一室ニ拘禁スル方法ニシテ中世既ニ其實例アリシト雖近年ノ分房制ノ基礎ヲナセル獨居式ハ雜居式ノ弊ヲ救ハントシテ亞米利加ニ於テ始テ試驗的ニ採用セラレタルモノナリ此方法ハ囚人相互ノ間ニ犯罪ヲ研究スル途ヲ斷テ再犯ヲ企ツル處極テ尠シト雖手數ト費用トニ於テ大ナル不便ヲ有スル短所アリ

- 折衷式ノ拘禁方法ハ尙左ノ三種ニ區別スルコトヲ得
(一)晝夜雜居夜間分房式ノ拘禁法 此方法ハ雜居式ト獨居式トノ長所ヲ採ラント試ミタルモノナルモ却テ雙方ノ短所ヲ合セテ暴露スルノ虞アリ
(二)階級制此方法ハ自由刑ノ始メノ間ヲ獨居式ニ依リ拘禁シ漸ヲ追ヒテ雜居式ニ移ス方法ナリ此式ハ稍長期ノ自由刑ヲ執行スルニ適當ナル方法ナルモ亦單ニ此方法ノミヲ採用スルハ却テ不便ナリ於

是乎左ノ方法ヲ生スルニ至レリ大略下ノ如シ

(三) 刑期ノ稍短キモノハ其全部ヲ獨居式ニ依リ執行ス但僅ニ數日ヲ出テサル拘留ノ如キハ場合ニ依リ雜居式ニ依ルモ差支ナシ次ニ稍刑期ノ長キモノニシテ改心ノ見込アル者ハ階級制ニ依テ執行スルコト即始メハ獨居式ニ稍改心シタル事實アルニ隨テ漸次ニ之ヲ雜居式ニ移スモノナリ終ニ再犯ノ虞ナキ者及到底改心ノ見込ナキ者ハ各之ヲ分チテ同種類ノ者ヲ雜居セシム此最後ノ折衷方法ヲ巧ニ應用スルトキハ再犯ヲ防キ初犯ヲ豫防スル上ニ於テ大ナル效力アルヲ信ス

第三項 定役(附工錢)

一〇 定役トハ法令カ自由刑執行ノ方法ノ一トシテ囚徒ニ強制スル勞働ヲ謂フ其作業ノ施行ニ關シ受賃業、混同業、官司業ノ三様アリ各長短アルヲ免レスト雖モ經濟ノ本旨ニ戾ラス民業ヲ妨害セスシテ刑ノ目的ヲ達スルニハ官司業ヲ採ラサル可ヲサルニ似タリ

第四項 衣食住

一一 囚徒ニ與フヘキ衣食住ノ品質及ヒ數量ハ規律ト衛生トノ要求ヲ滿スニ許ス限リ少キ經費ヲ以テスル方針ヲ採ラサル可ラス其國其時代ノ最下級民ヲ標準トシテ立論スルカ如キハ謬見ノ甚シキモノナリ

第五項 獄内ノ賞罰

一二 賞ニハ賞表ヲ與ヘ監四〇條罰ニハ十六歲以上ノ者ニ對シテハ屏禁又ハ減食若クハ關至十六歲未滿ノ者ニ對シテハ獨愼又ハ減食ヲ科ス(監四二條、四三條)獄内ノ賞罰其宜ヲ得ハ規律ノ保持及ヒ愼改ノ獎勵ニ巨效アルヘシ

第六項 假出獄免幽閉

一三 流刑ヲ除ク外重罪又ハ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ行政處分ヲ以テ假ニ其出獄ヲ許スコトヲ得其條件トシテ
(1) 無期徒刑ニ處セラレタル者ハ十五年其餘ノ刑ニ處セラレタル者ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタルコト
(2) 刑期限内重罪又ハ輕罪ヲ犯ササリシコト
(3) 獄則ヲ謹守シ愼改ノ狀アルコト
ヲ必要トス但シ其果シテ愼改ノ狀アリヤ否ヤヲ認定シテ假出獄ノ許否ヲ決スルハ一ニ當該官吏ノ職權ニ屬シ囚人之ヲ請求スル權利ヲ有スルニアラス(刑五三條五七條)

一四 假出獄ヲ得タル者徒刑ノ囚ニ係ルトキハ仍ホ島地ニ居住シ其他ノ囚ニ係ルトキハ豫メ定メタル場所ニ居住シ本刑期限内特別ノ監視ヲ受ク(刑五四條、五五條、刑附四二條以下)

一五 假出獄ヲ許サレタル者出獄中更ニ重罪又ハ輕罪ヲ犯ストキハ直ニ出獄ヲ停止セラレ出獄中ノ日數ハ之ヲ刑期ニ算入サルコトヲ得ス之ニ反シテ更ニ重罪又ハ輕罪ヲ犯スコトナキトキハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入サルル結果刑期ノ滿了スルト共ニ本刑亦消滅ス(刑五七條)

一六 無期流刑ニ處セラレタル者五年ヲ經過スレハ行政處分ヲ以テ幽閉ヲ免セラレ島地ニ於テ地ヲ限り居住スルコトヲ得有期流刑ニ處セラレタル者三年ヲ經過スルトキ亦同シ(刑二二條、五三條)

第四節 財産刑ノ執行

一七 罰金、科料、沒收ハ檢事ノ指揮ニ因テ之ヲ執行スヘキコト他ノ刑ニ同シ(刑訴三三〇條)但金圓又ハ物品ヲ徵收スル任務ハ執達吏ニ在リ執規三條

一八 罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一ヶ月内 科料ハ十日内ニ之ヲ納完スルコト

ヲ要ス(刑二七條、三〇條、四三條、四二條沒收ニハ此ノ如キ猶豫期間ナシ)

一九 若シ限内罰金又ハ科料ヲ納完セサルトキハ一圓ヲ一日ニ折算シテ輕禁錮又ハ拘留ニ換フ但シ其金額何程巨大ナル場合ト雖モ換刑處分タル輕禁錮ノ期間ハ二年ヲ過クルコトヲ得ス(刑二七條、三〇條)

二〇 換刑處分タル輕禁錮又ハ拘留ハ罰金科料執行ノ一方法タルニ過キスシテ同一ノ名稱ヲ有スル自由刑ト全ク其性質ヲ異ニス

二一 換刑處分ノ期限内ニ罰金又ハ科料ヲ納メタルトキハ其經過シタル日數ヲ控除シ禁錮又ハ拘留ヲ免ス他人代納シタルトキ亦同シ(刑二七、二三條)

第五章 刑ノ消滅

第一節 通則

一 刑ハ(1)其執行結了シタルトキ(2)犯人死亡シタルトキ(3)餘罪ノ刑確定シタルトキ(4)非常上訴成立シタルトキ(5)恩典アリタルトキ(6)期滿免除ヲ得タルトキ消滅ス

二 刑ノ消滅ト稱スル其實刑ノ執行權ノ消滅ニ外ナラス

三 刑ハ其執行結了シタルニ因リ消滅スルコト恰モ辨濟ニ因リ債務ノ消滅スルカ如シ最モ適切ナル消滅ノ場合ナリ但シ前第四章ニ述ヘタルヲ以テ爰ニ之ヲ繰返サス

第二節 犯人ノ死亡

四 有罪ノ確定判決ヲ受ケタル者死亡スルトキハ刑ヲ適用スヘキ物體消滅スルカ故ニ刑罰モ亦當然消滅ス古法ノ如ク遺骸ヲ罰スルコトナシ

五 佛國刑法及ヒ我現行法ノ草案ハ罰金科料ニ限リ其判決確定後ハ普通ノ債權ノ如ク遺産相續人ヨリ之ヲ取立ツルコトヲ認ム而レトモ判決確定セサレハ執行力無ク確定スレハ債權ニ變ストイハハ結局財産刑ナキニ均シ故ニ我現行法ハ罰金科料ト雖モ犯人ノ死亡ニ因リ消滅スルコトヲ明言ス刑附二〇條

沒收ニ就テハ其明文ナシト雖モ罰金科料同様ニ解スヘキナリ
沒收ニ付ハ其附加刑タル性質ヲ有スルモノハ罰金、科料同様ニ犯人死亡スレハ其執行權モ亦消滅ス
ト雖行政處分タル性質ヲ有スルコト例ニ主刑ナキ禁制品ノ沒收ノ如キハ何人ノ手ヨリモ執行スルコトヲ得ヘシ

第三節 餘罪ノ刑ノ確定

六 同一人ノ犯シタル二個以上ノ犯罪中一罪ニ對スル刑ノ宣告確定後ニ更ニ餘罪發覺シ之ニ對スル刑ノ宣告確定スルトキハ前發ノ刑消滅ス是其時ヨリ後發ノ刑ヲ併合シ執行ノ理由ヲ一變スルヲ以テナリ(刑一〇二條)

例之持兇器竊盜ヲ犯シ第三七〇條ノ適用トシテ輕懲役六年ニ處セラレタル者カ其後ニ至リ更ニ第二九四條ニ據リ無期徒刑ニ處スヘキ故殺罪ヲ犯シタル事實ヲ發覺スルトキハ第一〇二條ノ適用トシテ更ニ其無期徒刑ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス無期徒刑ヲ言渡シタルトキハ其刑ハ故殺罪ト持兇器竊盜罪トノ刑ト爲ルモノニシテ其期間ニ前ノ六年ノ懲役消滅ス此法理ハ後ノ刑カ前ノ刑ヨリ輕ク又ハ等シキ場合ト雖同一ナリ

第四節 非常上訴ノ成立

七 非常上訴ニ非常上告ト再審トノ二種アリ甲ハ法律點ヲ理由トシ(刑訴二九二條乙ハ事實點ヲ理由トシ(刑訴三〇一條三〇二條法ノ命スル制限内ニ於テ既ニ確定シタル判決ヲ破ラシムル非常手續ナリ既ニ刑ノ宣告確定シタル後ニ於テ……即チ刑ノ執行權生シタル後ニ於テ……之ヲ破毀スル效力アルカ故ニ非常上告及ヒ再審成立スルトキハ共ニ前刑ヲ消滅セシム

第五節 恩典

八 爰ニ恩典ト稱スルハ憲法第十六條ニ所謂大赦・特赦・減刑及ヒ復權ノ四ナリ何レモ公益ニ基ク大權ノ命令ナルヲ以テ一私人之ヲ拒絕スルコト克ハス

第一項 大赦

九 大赦ハ某ノ犯罪事件ニ對スル訴追又ハ裁判ヲ廢滅スルヲ以テ未タ其公訴起ラサルトキハ將來之ヲ提起スルコトヲ得ス既ニ公訴起リタルトキハ之ヲ續行スルコトヲ得ス裁判既ニ確定シタルトキハ裁判全部消滅ス此終ノ場合ハ純然タル刑ノ消滅ナリ

一〇 斯ノ如ク大赦ハ其事件ニ關シ法ノ一部ヲ中止スルニ均シキヲ以テ立法機關ノ一行動トナス例アリ(佛憲三條)ト雖モ運用ノ妙ヲ缺ク不便アリ我國ニ於テハ憲法ニ因リ天皇ノ大權ニ屬ス

一一 大赦ニ因テ有罪ノ確定判決消滅シタルトキハ一當然直チニ復權ヲ得(刑六四條三)又爾後再犯ノ事由トシテ數フルコトヲ得ス刑九七條

一二 大赦ハ刑ノ消滅シタル後ニ於テモ其適用アリ

一三 大赦ニ遇ヒタル行爲ニ對シテ民事上ノ訴權アリヤ 積極說

大赦アリタルトキハ其事件ノ公訴權消滅スルカ故ニ公訴附帶ノ私訴ヲ爲スヲ得サルハ明ナリ然レトモ單純ナル贓物返還又ハ損害賠償ノ訴ハ普通ノ民事訴訟トシテ之ヲ爲スヲ得ヘシ何トナレハ損害ヲ加ヘタリト云フ事實ハ大赦ニ因リ消滅セシムルヲ得サルヲ以テナリ

第二項 特赦及減刑

一四 大權命令ヲ以テ一定ノ犯人ニ對シ確定ノ刑罰全部ヲ取消スハ之ヲ特赦ト謂ヒ一部ヲ取消スハ之ヲ減刑ト謂フ

憲法第一六條ニ謂フ所ノ減刑ハ言渡確定シタル刑ノ一部ヲ恩典ニ依リ免除スルノ意味ナリ但刑法ノ條文ニ特赦ト規定シタル語ノ中ニハ憲法ノ減刑モ含ムモノトス憲法第一六條ノ減刑ト刑法ノ減輕トヲ混同スヘカラス甲ハ刑ノ言渡確定シタル後大赦ニ因リ其一部ヲ免除スルヲ謂ヒ乙ハ刑ノ言渡ヲ爲ストキ裁判官カ刑ノ適用ヲ爲ス際ニ一等以上輕クスルヲ謂フ

一五 特赦減刑ト大赦トヲ比較スルニ左ノ區別アリ

(1)手續ニ於テ特赦減刑ハ當該官吏ヨリ之ヲ上奏シ 御裁可ヲ請フコトヲ要ス(刑訴三三一條)大赦ニ斯ノ如キコトナシ

(2)適用ニ於テ大赦ト異リ特赦減刑ハ裁判確定後刑ノ消滅前ニ限り(刑訴三三

一條將來ニ刑ノ全部又ハ一部ノミヲ取消シ裁判其者ヲ廢滅セシメス

(3)效力ニ於テ赦狀中特ニ記載アルニアラサレハ復權ヲ得ス(刑九四條 將來再

犯ノ事由ニ數フルコトヲ妨ケサル(刑九七條等

一六 特赦減刑ノ運用其宜ヲ得ルトキハ(1)悔改ヲ獎勵シ

一ノ關係ニ於テ刑ノ執行中改後シタル者ニハ假ニ出獄ヲ許ス規則アルモ假出獄ニ付テハ時期ノ制限アリ(五三條)其時期ニ違セサル中ニ於テモ特赦減刑ヲ以テ改後セシムルコトヲ得ヘシ

(2)法ノ不備ヲ補ヒ

二ノ關係ニ於テ刑法ハ裁判官ニ刑ヲ減シ得ヘキ程度ヲ制限スルヲ以テ裁判官ノ爲シ得ルタケノ減輕ヲ爲シ終ルモ尙其刑重シト認ムルトキハ大權ニ基ク減輕ヲ利用スルヲ得ヘシ

(3)裁判ノ誤ヲ正スコトヲ得ル利益アリ

三ノ關係ニ於テ裁判官ノ誤リタル儘確定シタル後非常上告又ハ再審ニ依テ破ルコト能ハサルモノアルトキハ特赦又ハ減輕ヲ利用スルノ外ナシ

第三項 復權六三—六五條

一七 復權ハ剝奪サレタル公權ノ享有能力ヲ付與スル大權命令ナリ故ニ將來ニ公權ヲ享有スルコトヲ得ル能力ヲ生スルノミニシテ宣告ノ當時享有セシ公

雜 錄

○第一學年學期試驗問題 本年施行ノ第一學年學期試驗問題左ノ如シ

法 學 通 論 (中村博士)

- 一 法律ハ何レノ場所ニ行ハルヤ
- 二 振政ノ法律上ノ性質如何
- 三 某國西洋料理店ニ入りタルニ「ワイスカレイ」一人前三十錢トノ揭示アルヲ見之ヲ命ジテ食シ終リタリ然ルニ料理店ハ本日「ワイスカレイ」ハ六十錢ナリトテ六十錢ヲ請求セリ而シテ料理ハ五十錢ノ實價アルモノナリ某者ハ若干サ支拂フヘキ義務アリヤ

憲 法 (清水博士)

- 一 條約中ニ立法事項ヲ包含スル場合ニハ其條約ノ成立要件トシテ議會ノ協賛ヲ要スルヤ
- 二 國務大臣ハ違憲ナルサ理由トシテ法律ノ副署ヲ拒ムヲ得ルヤ
- 三 二院サ股タル理由ヲ説明シ且多額納稅者議員タルノ互選ノ資格アルモノハ衆議院議員ノ被選資格アルヤ否ヲ述フヘシ

民法總則 至第二章 (富井博士)

雜 錄

一 法人ノ權利能力ノ範圍如何

法人ノ理事ノ性質及ヒ權限如何

民法總則 至第四章 (志田博士)

- 一 虛偽ノ意思表示ノ何レヲ説明スヘシ
- 二 代理權授與行為ノ法律上ノ性質如何
- 三 過去ノ事實ニシテ表意者ノ知ラサルモノハ條件タルコトヲ得ルヤ

民法物權 至第六章 (梅 博士)

- 一 代理占有ヲ論ゼ
- 二 甲ハ其所有ニ係ル銀ヲ以テ一ノ鈕ヲ製造シテ乙ノ所有ニ係ル金ヲ以テ之ニ象眼ヲ施セリ其鈕ノ所有權ハ何人ニ歸スヘキカ又甲乙間ノ法律關係如何理由ヲ具シテ答ヘ
- 備考一 材料タル銀ノ價五圓金ノ價拾圓而シテ鈕ノ價貳拾圓ニ
- 備考二 甲ハ金乙ノ所有ニ係ルコトヲ知レリ而シテ

民法債權總則 (鈴木學士)

五一

- 一 不可分債務連帶債務及保證債務ノ差異如何
- 二 甲重工乙對シテ捕ヲコトナシタルニ拘ハラス其債務ヲ履行セサルトキハ乙ノ有スル救済方法如何、理由ヲ附シテ答フヘシ
- 三 刑法 總則 (岡田博士)
- 一 故意ト過失トノ區別ヲ論ス
- 二 繼續犯ヲ說明シ其例ヲ示セ
- 三 國際公法 (平時) (中村博士)
- 一 混合裁判トハ何ゾヤ
- 二 軍艦ノ乗組員ハ他國ニ上陸シテ治外法權ヲ受ケルコトヲ得ルヤ
- 三 甲國ノ公使乙國ニ駐在中犯罪ヲ爲シ治外法權ノ地棄テ申出タル乙國ハ之ヲ裁判スルコトヲ得ルヤ
- 四 國際公法 (戰時) (秋山博士)
- 一 俘虜情報局ノ任務及條約上同局ノ特典如何
- 二 海上捕獲ニ關スル英國主義及陸主義ノ差異ヲ略説セヨ
- 三 講和全權委員ノ出發 講和全權委員男爵小村壽太郎氏ハ其隨員ト共ニ本月八日午後一時三十分新橋ヲ發シ四時「ミチンダ」號ニ搭シ橫濱港ヲ解纜シテ米都華盛頓府ニ赴カル陸海全勝國ノ講和使歸來齋ス所果シテ如何
- 三 交戰國軍隊ハ中立國ニ入リタル場合ト交戰國軍艦力中立國港内ニ逃竄シタル場合ニ於ケル中立國ノ處置及法理上ノ差異如何
- 四 以上三問題中二問題ヲ選擇應答ノコトヲ命ジテ其應答ヲ論ス
- 五 經濟學 (山崎博士)
- 一 勞働分配ニ對シテ之ヲ考察スヘシ
- 二 限界的效用ト關係ト如何
- 三 貨幣流通ノ遲速トハ何ゾヤ
- 四 手形ノ割引ヲ說明スヘシ
- 五 保護貿易ノ最も有力ナル論據ヲ舉ゲヨ
- 三 羅馬法 (津輕講師)
- 一 羅馬法後見制度ノ概略如何
- 二 羅馬法及羅馬法ノ區別並ニ其相續法上ノ關係如何
- 三 羅馬法ノ學

法學志林

第七卷 第六號 每月一回 十月發行
 定價 一冊 拾貳錢
 郵稅 一冊 拾錢
 郵稅 一冊 拾錢
 發行 壹圓貳拾錢 (第七十號)

- 最近判例批評(其二十九)
- 露國商船ノ拿捕免除ニ關スル勅令ヲ論ス
- 條約ノ自由締結權ト其履行ニ必要ナル律法ニ對スル議會ノ自由協贊權トノ衝突ニ就テ
- ウキンドシヤイド」及「イエリグ」ノ比較
- 戰爭ノ終局如何
- 志林
- 解疑 ○代替物ハ質權ノ目的物タルコトヲ得ルヤ否ヤ
- 散錄 林恒四郎君ヲ送ル
- 判例 ○大審院判決例 二十五件

- 法學博士 梅 謙次郎
- 法學博士 秋山雅之介
- 法學博士 上野真正
- 講師 津輕英磨
- 法學博士 寺尾亨
- 法學士 橫田秀雄
- 信岡雄四郎

發行所 法政大學

其他雜報、記事 數十件

校外生規則摘要

- 一 一个年引續キ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ手数料銀二十錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得
- 一 校外生ハ少クとも翌月分ノ月謝ヲ毎月六ヶ迄ニ納付スヘシ月謝金不納三ヶ月ニ及フトキハ退學ト看做ス
- 一 校外生ハ講義錄ニ記載スル所ノ學科科目中ニ縫義アルトキハ相當返信料(郵券)ヲ封入シテ質問スルコトヲ得
- 一 質疑書ニハ講義科目、頁數、疑問ノ要點ヲ記載スヘシ
- 一 質疑信者ハ本大學編輯局ニ宛テ送付スヘシ

(明治三十八年十月十五日第三種郵便物認可)
(毎月三回、五日、十五日、二十五日發行)

明治三十八年七月十二日印刷
明治三十八年七月十五日發行
(定價金三十錢)

編輯者 東京市牛込區牛込北町十番地
藤原敬之

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地
小宮山信好

印刷所 東京市芝區西ノ入保明舟町十一番地
金子活版所

發行所 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
司法省 法政大學
指定 (電話番町百七十四番)